Verzug des Schuldners bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultat der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Walter Stephan Früchting,

Referendar.

Breslau 1911.

Buchdruckerei der Schlesischen Volkszeitung.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Dem Andenken meines Vaters,
meiner lieben Mutter.

Inhaltsübersicht.

I. Teil: Geschichte.

II. Teil: Geltendes Recht.

Leitwort.

Das Thema, welches dieser Dissertation voransteht, enthält die Frage, ob und inwieweit die Grundsätze über den Verzug des Schuldners bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen Anwendung finden können.

Der erste, geschichtliche Teil der folgenden Abhandlung soll zeigen, wie sich die einzelnen Rechte im Laufe der Jahrhunderte zu dieser Frage gestellt haben. Für den zweiten, dogmatischen Teil wird es sich empfehlen, zunächst die Verpflichtungen zu einem Unterlassen, sodann den Schuldnerverzug und endlich die Anwendungsmöglichkeit dieses bei jenen näher ins Auge zu fassen.

---

1. Teil: Geschichte.

§ 1. Römisches Recht.

Verpflichtungen auf ein Unterlassen gehen dahin, daß jemand etwas Bestimmtes nicht tut; sie bestehen nicht in einem bloßen Nichtstun, nicht in einem indifferenten Verhalten, im nihil facere, sondern im aliquid non facere; es soll jemand das, was er an sich tun könnte, nicht tun und zwar zu dem Zweck, daß einem anderen dadurch ein bestimmter Vorteil entsteht bezw. gesichert wird. Bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen soll also ein gewisser Zustand möglichst unverändert erhalten bleiben oder doch wenigstens durch menschliches Tun nicht gestört werden. Bei der Frage, ob derartige Verpflichtungen dem römischen Recht überhaupt bekannt waren, kann uns die Antwort nach einem Blick auf das Sachenrecht nicht zweifelhaft sein. Hier treten uns

eine Reihe von Beispielen für Unterlassungs- und vor allem Duldungsverpflichtungen, die ja nur eine Unterart jener sind, entgegen. So beim Eigentum, bei den Servituten, z. B. bei der servitus itineris; hier ist der Eigentümer eines Weges verpflichtet zu dulden, daß über seinen Weg ein anderer geht oder reitet. Der Eigentümer ist also in der freien Verfügung über sein Eigentum in gewisser Hinsicht beschränkt und dem anderen soll dadurch ein bestimmter Vorteil entstehen. Ferner ist ja auch aus der Lehre über die Legate als Beispiel für die Verpflichtung zum Dulden, das legatum sinendi modo bekannt.

Fraglich nur erscheint, ob es im römischen Recht auch rein obligatorische Verpflichtungen zu einem Unterlassen gegeben hat. Nach der Definition des Paulus (l. 3 pr. Dig. 44, 7) konnten die Obligationen des römischen Rechts ein dreifaches zum Gegenstande haben: dare facere praestare. Das dare ging auf Verschaffung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts an einer Sache, das facere auf die Verpflichtung zu einem Handeln und das praestare, als die allgemeinste Bezeichnung für „Leisten", umfaßte eigentlich alle obligatorischen Verpflichtungen. Damit war aber nicht gesagt, daß die Obligationen nicht auch auf ein non facere, ein Unterlassen, gerichtet sein konnten; daß es vielmehr solche sehr wohl gab, beweisen uns die Quellen des römischen Rechts, besonders eine Anzahl von Stellen im corp. iuris civilis, so z. B. § 7 J. de v. o. III. 15 oder l. 2, § 5, Dig. de v. o. 45, 1. (Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat), ferner l. 4 pr., l. 75, § 7, l. 83 pr. Dig. 45 I. u. a. m.

Die Obligationen auf ein Unterlassen konnten die Unterlassung zum alleinigen Inhalt haben (z. B. l. 11, § 1, Dig. de locati 19, 2: si hoc in locatione convenit, ignem ne habeto), es konnte aber auch eine Verpflichtung zum

Unterlassen neben der zu einem Tun bestehen, so bei der Sachmiete, wo der Mieter wie auch nach heutigem Recht verpflichtet ist, die gemietete Sache nach Ablauf der Mietzeit zurückzugeben und alles das zu unterlassen, was die Rückgabe hindern oder unmöglich machen würde. Der Schuldner konnte ferner nur zu einer einmaligen (l. 75, § 7, Dig. 45, 1) oder auch zu einer mehrmaligen resp. dauernden Unterlassung verpflichtet sein (l. 13 pr. Dig. 8, 4: die Ausübung des Fischereirechts zugunsten eines anderen zu unterlassen). Auch kann das Unterlassen, wie schon oben bemerkt, in einem Dulden bestehen. Sicher haben aber trotz ihrer mannigfachen Erscheinungsformen die Schuldverhältnisse mit einer Verpflichtung zum Unterlassen im römischen Recht nur geringe Bedeutung gehabt. Paulus erwähnt sie in seiner Definition der Obligation und auch Gaius in seinen Institutionen mit keinem Wort.

Mora debitoris oder auch Mora solvendi genannt liegt vor, wenn der Schuldner zu der Zeit, zu welcher der Gläubiger die Erfüllung der Obligation zu fordern berechtigt ist, auf eine Mahnung des Gläubigers hin nicht leistet. Bevor wir aber im folgenden auf die Voraussetzungen und Wirkungen der mora debitoris näher eingehen, bedarf es zunächst der Feststellung ihres geschichtlichen Ursprungs.

Da in den XII Tafeln, wie in den älteren römischen Juristenschriften von der mora überhaupt noch nicht die Rede ist, kann man mit Recht annehmen, daß sie als speziell technischer Begriff dem ältesten römischen Recht unbekannt war. M. Ernst, der in seiner Dissertation „Rechtshistorische Begründung der mora nach römischem und gemeinem Recht" (Bern, 1882)[1]) die Entstehung derselben ins Auge faßt, sieht den Grund für diese Tatsache darin, daß im älteren römischen Recht die gerichtlichen und vor allem privaten Zwangsmittel, die dem Gläubiger gegen den säumigen

[1]) S. 7/8.

Schuldner zu Gebote standen, eine eigene Regelung für den Fall, daß der Schuldner mit seiner Leistung zur Zeit der Fälligkeit im Rückstand blieb, völlig erübrigten. Zwar sei schon damals als „ein vorzügliches Mittel, um sich gegen nicht rechtzeitige oder überhaupt nicht erfolgende Erfüllung zu sichern und sein Interesse zu wahren", die Vereinbarung einer Konventionalstrafe üblich gewesen, aber hier sei lediglich die Tatsache der Verzögerung, also mora in ihrer rein sprachlichen Bedeutung, ausschlaggebend, und mora als Rechtsinstitut noch unbekannt gewesen. Vielmehr seien erst die besonders bei den possessorischen Interdikten aufkommenden Prozeßstrafen — bei denen nämlich der Prätor einer Partei für die Zeit des Prozesses den vorläufigen Besitz der streitigen Sache zusprach, die aber, nebst dem Doppelten der inzwischen gezogenen Früchte beim endgültigen Unterliegen dem Gegner herausgegeben werden mußte — also diese Prozeßstrafen der Anstoß zur Entwicklung des besonderen Rechtsinstituts der mora gewesen und zwar insofern, als für die Höhe der Strafe maßgebend war „nicht nur die Höhe der streitigen Forderung, sondern auch die Zeit, während letztere vorenthalten wurde". Nach diesen Ausführungen von Ernst soll also die mora ihr Dasein dem prätorischen Recht und der Zeit der Republik verdanken. Authentische Quellenbelege aus dieser Epoche fehlen uns, jedenfalls aber war die mora bis auf Justinian in manchen Richtungen schon sehr ausgebildet. Kniep[1]) seinerseits hält die mora des fur als den ältesten Fall der mora debitoris, dem dann diejenige des Dejizienten und die des Schuldners eines Minderjährigen gefolgt sei. Im corp. iur. civ. wird sie als selbstständiges Rechtsinstitut des Obligationenrechts in 22 l. Dig. behandelt. Zwar wird uns hier keine Definition der mora gegeben, aber soviel geht mit Sicherheit aus den hier vorhandenen Fragmenten hervor, daß — abgesehen von dem

[1]) Kniep, die mora des Schuldners, 1871, I, S. 59 ff.

Vorhandensein einer klagbaren, durch keine dauernde Einrede entkräftbaren Forderung des Gläubigers, die auch für den Eintritt anderer Rechtsfolgen grundlegend ist, z. B. Erfüllung — ihre Voraussetzungen: Fälligkeit, Mahnung durch den Gläubiger und Nichterfüllen der Verbindlichkeit waren. Vor allem die interpellatio war für die Begründung der mora debitoris wesentlich, denn Marcian sagt in l. 32, pr. Dig. 22, 1 ausdrücklich: mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit. Gerade die interpellatio drückte erst der durch die bloße Nichterfüllung zur Fälligkeitszeit hervorgerufenen Verzögerung der Erfüllung den Stempel eines besonderen Rechtsinstituts, eben der mora debitoris, auf. So unterscheiden denn auch die Quellen scharf zwischen der bloßen Verzögerung und der mora, wofür uns Paulus in l. 24, pr. Dig. 22, 1 ein treffendes Beispiel gibt. Daneben gab es allerdings auch Fälle, in denen mora debitoris ohne interpellatio eintrat, so wer eine Sache herauszugeben verpflichtet war, die er durch Entwendung (l. 8, § 1, Dig. 13, 1) oder sonst widerrechtlich erlangt hatte (l. 1, § 35, Dig. 43, 16); ferner wenn der Schuldner wegen Abwesenheit (l. 23, § 1, Dig. 22, 1) oder aus sonstigen Gründen nicht gemahnt werden konnte und endlich bei Schuldnern von Minderjährigen (l. 17, § 3, Dig. 22, 1). Sicher aber ist für das römische Recht, daß im übrigen stets interpellatio erforderlich war, um den Schuldner in Verzug zu bringen, so auch dann, wenn für die Leistung ein Erfüllungstermin vorher festgesetzt war, und es ist mithin als sicher anzunehmen, daß im römischen Recht der Satz: dies interpellat pro homine nicht gegolten hat, es sich vielmehr bei der in l. 32, pr. ausgesprochenen Regel bewendete. Was nun die Rechtsfolgen des Verzugs anbetrifft, so waren diese: Ersatz des entstandenen Schadens und perpetuatio obligationis. Der Schuldner war also verpflichtet, dem Gläubiger das In-

teresse, welches dieser an der rechtzeitigen Erfüllung hatte, wozu aber auch der entgangene Gewinn sowie Früchte und Zinsen gehören, zu ersetzen und blieb auch weiterhin zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit unter Steigerung seiner Haftung nunmehr für casus obligiert. (l. 113, § 1, Dig. 45, 1; l. 82, § 1, Dig. 45, 1; l. 39, § 1, Dig. de leg. 1; l. 39, Dig. 22, 1). Inwieweit aber für den Eintritt dieser Rechtsfolgen Verschulden des Schuldners von Bedeutung war, so wäre festzustellen, daß in ältester Zeit nur die auf vis maior beruhende Nichtleistung den Eintritt der mora debitoris ausschloß. Nur zögernd gemäß seinem streng konservativen Zug hat das römische Recht nach und nach Verschulden als Voraussetzung der mora debitoris anerkannt und zwar zählen die römischen Juristen in den Fragmenten einzelne Fälle auf, bei denen ein Verschulden dem Schuldner nicht zugerechnet werden und deswegen mora nicht eintreten kann. So Ulpian in l. 21, Dig. 22, 1 nebst der Ergänzung von Paulus in l. 22, h. t., ferner Ulpian in l. 23, pr. l, c., auch Pomponius in l. 5, Dig. 12, 1. Es ist aber wahrscheinlich, daß sich das Verschuldungsprinzip bei der mora debitoris allmählich auch über diese einzeln aufgezählten Fälle hinausentwickelte.

Ihr Ende findet die mora debitoris einmal mit gehöriger Oblation der Leistung nebst dem durch die mora verwirkten Ersatz des Gläubigerinteresses (l. 73, § 2, Dig. 45, 1), sodann Stundung seitens des Gläubigers (l. 54, Dig. 2, 14), ferner beim ohne interpellatio eintretenden Verzug des Schuldners eines Minderjährigen mit Erlangung der Volljährigkeit dieses (l. 87, § 1, Dig. de leg. II, 31) und endlich beim Aufhören der Obligation selbst z. B. durch novatio (l. 8, pr. Dig. de nov. 46, 1).

Konnten nun die soeben dargelegten Grundsätze über die mora debitoris auf obligationes non faciendi Anwendung finden? Diese Frage ist von den älteren römischen

Juristen in ihren Schriften gemäß der nur geringen Bedeutung der Unterlassungsobligationen überhaupt nicht erörtert. Auch von den Fragmenten der Digesten behandelt speziell diese Frage keins derselben. Einen Anhaltspunkt geben lediglich einige Stellen, die über die Verwirkung der Vertragsstrafe durch Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht sprechen; aus ihnen höchstens könnte man einen Schluß auf unsere Frage ziehen, nämlich insofern, als zu prüfen wäre, ob hier der Verfall der Konventionalstrafe unter denselben Bedingungen eintrat wie bei obligationes faciendi, d. h. wenn der Schuldner in Verzug geraten war. Einen solchen Fall bespricht z. B. Scaevola in l. 122, § 6, Dig. 45, 1: zwei Brüder teilen eine Erbschaft und setzen in einer Stipulationsurkunde fest, daß ein jeder dem anderen eine Vertragsstrafe zahlen soll, falls einer etwas gegen diese Teilung unternimmt. Nach dem Tode des einen Bruders fordert der andere von den Erben jenes den Erbteil des Bruders und stützt seine Klage darauf, dieser Erbteil sei ihm von seinem Vater als Fideikommiß vermacht. Scaevola entscheidet, daß auf Grund dieses Vorgehens die Vertragsstrafe verfallen sei, daß also durch das bloße Zuwiderhandeln gegen die Verpflichtung zum Unterlassen poena committitur, ohne jede Rücksicht darauf, ob vielleicht der Zuwiderhandelnde sich zu seinem Vorgehen berechtigt glaubte. Dieser Entscheidung Scaevolas scheint aber eine andere von Paulus in l. 54, § 1, Dig. 19, 2 zu widersprechen, in der nämlich bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil gegen seine Unterlassungspflicht zuwidergehandelt hat und der Klage des anderen Teils auf die mit der Zuwiderhandlung verfallene poena die exceptio doli zugunsten des Zuwiderhandelnden entgegengesetzt wird. Mithin scheint also nicht jede Zuwiderhandlung ohne weiteres ein poenam committere zur Folge zu haben. Das trifft jedoch nicht zu. Verfallen ist zweifellos auch hier die Vertragsstrafe, aber das Klagbegehren des anderen

Teils ist, da er selbst den Anlaß zum Zuwiderhandeln gegeben hat, ein unbegründetes, daher doloses, und deswegen wird mit Recht dem Beklagten die exceptio doli generalis zugebilligt. Im übrigen aber wurde von den römischen Juristen nicht beachtet, ob den Zuwiderhandelnden bei der Verwirkung der poena ein Verschulden traf oder nicht; daß vielmehr mit der Tatsache des Zuwiderhandelns schon die Vertragsstrafe verfallen war, geht auch aus der Entscheidung Papinians in der l. 121, § 1, Dig. 45, 1 mit Deutlichkeit hervor. Ein Ehemann verspricht durch Stipulation seiner Ehefrau eine Geldstrafe dafür, von der Zeit der Eheschließung ab nicht mehr mit seiner Konkubine zu verkehren. Zweifellos kann nach Papinian aus dieser den guten Sitten absolut nicht widersprechenden Stipulation die Ehefrau „impleta condicione", also bei der bloßen Zuwiderhandlung des Ehemannes, die versprochene Vertragsstrafe verlangen. Auf Verschulden des Ehemannes kommt also auch hier nichts an. Wir ersehen nun aus diesen Entscheidungen, daß die römischen Juristen den Verfall der Vertragsstrafe bei obligationes non faciendi nicht von dem Eintritt des Verzugs, sondern lediglich von der Tatsache der Zuwiderhandlung abhängig machten, daß sie also in der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht nichts weiter als eine Nichterfüllung der Obligation und in den durch eine poena bestärkten Stipulationen bedingte Obligationen sahen, worauf auch die oben zitierten Worte „impleta condicione" schließen lassen. Die obligationes non faciendi waren bei Stipulationen auf eine Vertragsstrafe suspensiv bedingt, die Bedingung war die Zuwiderhandlung; wurde gegen die Unterlassung zuwidergehandelt, also dasjenige doch getan, was nicht zu tun der Schuldner verpflichtet war, so trat eben die Bedingung ein und damit allein war die Strafe verwirkt. Es trafen also von den Voraussetzungen der mora debitoris interpellatio und culpa nicht zu. Daraus

wäre mithin zu entnehmen, daß auch im übrigen die Grundsätze des Schuldnerverzugs bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen im römischen Recht nicht zur Anwendung gelangten.

Zu beachten ist auch, wie das römische Recht die obligationes non faciendi hinsichtlich ihrer Klagbarkeit behandelte. Soweit die Verpflichtungen zu einem Unterlassen dinglich oder absolut waren, konnten sie auch gerichtlich geltend gemacht werden und hierzu dienten z. B. die actio negatoria bei Störung des Eigentums, die actio confessoria zum Schutz der Servituten, ferner die Klagen aus den prohibitorischen Interdikten des Prätors, und endlich die besonders geartete operis novi nuntiatio bei Beeinträchtigung des Eigentums durch Errichtung von Bauwerken auf dem Nachbargrundstück. Voraussetzung war die bereits stattgehabte Verletzung des Rechtes und die Befürchtung weiterer Zuwiderhandlungen.

Im übrigen, also bei obligatorischen Verpflichtungen, war ausschlaggebend die Entgeltlichkeit resp. der Nachweis, daß der Berechtigte ein in Geld abschätzbares Interesse an der Unterlassung hatte. Zu bedenken ist hierbei aber noch folgendes: die Hauptvertragsform war die stipulatio und zur Geltendmachung aller Ansprüche aus dem Vertrage war die actio ex stipulatu gegeben. Der Berechtigte konnte also nur klagen, wenn die Unterlassungsverpflichtung stipuliert war.

Da das römische Recht aber nur Kondemnationen auf Geld kannte, so verwandelte sich im Verfahren der Anspruch auf die Unterlassung in einen Schadensersatzanspruch, und zwar nicht nur bezüglich der bereits geschehenen Zuwiderhandlung, sondern auch hinsichtlich künftiger Verletzungen des klägerischen Anspruchs. Denn entweder leistete der Schuldner freiwillig cautio de non amplius turbando; dann hatte der Gläubiger lediglich Anspruch auf diese. Oder

der Beklagte wurde für den Fall fernerer Zuwiderhandlungen zur Zahlung einer Geldsumme — der litis aestimatio — verurteilt. Aber auch in diesem Falle erlangte der Kläger durch das Urteil nicht etwa einen vollstreckbaren Anspruch gegen den Beklagten auf Beobachtung der Unterlassungspflicht, sondern nur auf die Geldsumme.

Die genannten Klagen aus Unterlassungsansprüchen befriedigen also das Interesse des Gläubigers nur mangelhaft und das Fehlen einer eigentlichen Unterlassungsklage im römischen Recht bestätigt entschieden das negative Resultat, zu welchem wir oben bezüglich unserer Frage gelangt sind.

§ 2. Älteres deutsches Recht.

Im älteren deutschen Recht haben, wie im römischen Recht, die Verpflichtungen zu einem Unterlassen, soweit sie obligatorischer Natur waren, nur geringe Bedeutung gehabt. Es sei nur an die in der einschlägigen Literatur oft zitierte Stelle des Sachsenspiegels (Landrecht I, Art. 7) und die daraus gezogenen Folgerungen bezüglich der Seltenheit von Unterlassungsverpflichtungen hingewiesen. Darnach erscheint die Unterlassungspflicht nur als Revers der Verpflichtung zu einem Tun und geht ganz allgemein nur darauf, alles das zu unterlassen, was die Erfüllung des positiven Obligationsinhalts unmöglich machen würde. Auch die Zwangs- und Bannrechte, auf Grund deren teils alle teils gewisse Einwohner eines bestimmten Bezirks verpflichtet waren, die Befriedigung ihrer täglichen Bedürfnisse bei anderen als den mit dem Zwangsrecht beliehenen Gewerbetreibenden zu unterlassen (Bier-, Backofen-, Mühlenzwang), sind, wie neuerdings Lehmann und Zerbe[1]) nachweisen, nicht als obligatorische Unterlassungsverpflichtungen, sondern als

[1]) H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 52, K. Zerbe, Unterlassungen als Inhalt von Reallasten, Dr.-Diss. Breslau 1910, S. 33, ff.

absolute Verbotsrechte anzusehen. Selbst die im späteren Recht auftauchenden Verpflichtungen zu einem Unterlassen, begründet durch Treugelübde oder fides facta, auf welche Gierke[1]) hinweist, werden seltene Erscheinungen gewesen sein, denen das mittelalterliche Obligationsrecht keine wesentliche Bedeutung wird beigemessen haben.

Was den Verzug des Schuldners im älteren deutschen Recht anbetrifft, so waren für die Nichterfüllung einer Vertragsverbindlichkeit wie für die Übertretung der Strafnormen Geld- und Leibesstrafen, auch Ehrlosigkeit und Erklärung in die Acht festgesetzt[2]). Auch hier habe nach Ernst[3]) das Schuldmoment wie im altrömischen Recht keine Berücksichtigung gefunden und mit der einfachen Nichterfüllung des Vertrages sei die darauf gestellte Strafe verfallen. Andererseits wurde das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Obligation nicht beachtet, und der Schuldner war nicht zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet; der Gläubiger konnte sich zwar vom Schuldner für den Fall der mora Verzugszinsen versprechen lassen, ohne weiteres hatte er aber keinen Anspruch darauf[4]). Erst allmählich habe sich „das Prinzip der richterlichen Berücksichtigung des Interesses aus Vertragsbruch beziehungsweise Leistungsverzögerung"[5]) Bahn gebrochen und bei dieser Entwicklungsstufe angelangt, habe dann die Rezeption des römischen Rechts mit einer schon weiter entwickelten Verzugslehre eingesetzt.

Wir werden daher nicht fehl gehen, wenn wir annehmen, daß im älteren deutschen Recht die Grundsätze über den Leistungsverzug nur bei positiven Obligationen Anwendung

---

1) Gierke, Schuld und Haftung, Breslau 1900, S. 147, 194.

2) Gierke a. a. O. S. 200.

3) Ernst a. a. O. S. 20 ff.

4) O. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1898, III, S. 285.

5) Ernst a. a. O. S. 23.

gefunden haben, nicht aber bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen.

§ 3. Gemeines Recht.

Nach der Rezeption des römischen Rechts wurden auch die für alle Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens so wichtigen, im corp. iur. civ. entwickelten Grundsätze über die mora debitoris in Deutschland durch die Gerichtspraxis eingeführt und theoretisch erweitert. Die älteren gemeinrechtlichen Autoren, wie Ferretus (libellus singularis de mora 1550), Donellus (tractatus de mora 1427) und Arumaeus (tractatus de mora) haben Anfangs sogar nach der Stelle von Marcia in l. 32. pr. Dig. 22. 1.: „difficilis est huius rei definitio" und auf Grund des dort stehenden Satzes: „an mora facta intellegitur non decidi posse, cum sit magis facti quam iuris" die Definierbarkeit des Begriffs mora leugnen zu müssen geglaubt. Dieser Ansicht tritt Madai[1]) mit Recht entgegen, da sich der letztgenannte Satz von Marcian nur auf den Eintrittszeitpunkt der mora beziehe. Die von den späteren pandektenrechtlichen Theoretikern aufgestellten Definitionen variieren allerdings insofern, als die einen sie als rechtswidrige Verzögerung, Säumnis oder auch als Verspätung der Leistung des Schuldners, die anderen als Nicht- oder nicht rechtzeitige Erfüllung der Verbindlichkeit bezeichnen. Fast von allen wird nun die mora debitoris meist unter Berufung auf l. 32. pr. Dig. 22. 1 unterschieden zwischen mora ex persona (wo interpellatio) und mora ex re (die Fälle, in denen keine interpellatio zur Begründung der mora erforderlich war). Der Satz: dies interpellat pro homine ist, wie von der gesamten gemeinrechtlichen Literatur mit Recht angenommen wird, noch nicht im römischen Recht, wohl aber durch die deutsche Gerichtspraxis zur Anwendung gekommen und gewohnheitsrechtlich bis auf die jüngste Zeit

---

[1]) Madai, Lehre von der mora, 1836, S. 2.

beibehalten worden. Er soll besagen, daß der beim Vertragsabschluß festgesetzte Erfüllungstag bei Nichtleistung des Schuldners an diesem eine Mahnung des Gläubigers erübrigt, um den Schuldner in Verzug zu setzen; er enthält mithin eine bei allen Verträgen wirksame, daher wichtige Ausnahme von der im römischen Recht feststehenden Regel, daß abgesehen von den einzelnen bestimmten Fällen der mora ex re im übrigen die interpellatio des Gläubigers eine unbedingte Voraussetzung für den Eintritt der mora debitoris bildet. Auf den an die oben zitierte Rechtsregel sich anknüpfenden Streit in der gemeinrechtlichen Literatur, ob dieser Satz theoretisch haltbar sei, näher einzugehen, bedarf es nicht; für diese Abhandlung genügt die unbestrittene Tatsache, daß er in der Praxis stets Berücksichtigung gefunden hat (Seufferts Archiv, I. Nr. 332; VI. Nr. 163; X. Nr. 144; XI. Nr. 140; Striethorsts Archiv, Bd. 61, S. 57).

Über das Moment des Verschuldens sind die Autoren verschiedener Ansicht. Während die einen ein Verschulden nicht berücksichtigt wissen wollen, hält die Mehrzahl der Schriftsteller nur da mora debitoris für vorliegend, wo die Nichtleistung auf Grund Verschuldens des Schuldners erfolgt ist. Zu weit scheint aber Brinz[2]) zu gehen, wenn er sagt: „mora ist Verschuldung — sie heißt culpa. Ihren Begriff verrückt, wer da sagt, Verschuldung sei eine Voraussetzung der mora. Gegen ihren Begriff aber geht es, wenn man sie als etwas Schuldloses oder Unschuldiges darstellt.“ Sicher ist doch aber nach der ganzen bisher geschilderten Entwicklung die mora als ein selbständiges Rechtsinstitut aufzufassen und sie würde in ihrem innersten Wesen zerstört, wollte man sie lediglich als eine Unterart der culpa behandeln. Daß vielmehr Verschulden auch bei der mora wie bei anderen Rechtsinstituten z. B. der vom Schuldner herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung den Maßstab dafür bildet, ob und in welcher

[2]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, II., S. 2?7.

Höhe der Schuldner Schadenersatz zu leisten hat, werden wir deutlich bei der Erörterung des Leistungsverzuges im BGB. weiter unten erkennen. An dieser Stelle genügt es festzustellen, daß, wie aus der überwiegenden Mehrzahl der Meinungen hervorgeht, im gemeinen Recht auf die culpa in allen Fällen Rücksicht genommen wurde und daß somit das Verschuldungsmoment bei der mora debitoris die oben bei Betrachtung des römischen Rechts vermutete Entwicklung genommen hat.

Welcher Ansicht sind nun die Theoretiker des Pandektenrechts über die Anwendungsmöglichkeit der Grundsätze über den Verzug des Schuldners auf Verpflichtungen zu einem Unterlassen? Wenn wir uns daraufhin ihre Schriften näher ansehen, so finden wir, daß ein Teil von ihnen diesen Fall garnicht in Betracht zieht. Die übrigen gehen auf unsere Frage nur mit wenigen Worten ein und verneinen sie durchweg; so Sintenis (II, S. 209, Nr. 2 und S. 210). Wolff [1]) faßt die mora im technischen Sinne als „ein positives Handeln oder ein Unterlassen" auf, „durch welches die Realisierung einer obligatorischen Verbindlichkeit zu einer Zeit, wo diese hätte geschehen sollen oder können, unterblieben ist." Diese Definition trifft zwar auch auf die Zuwiderhandlung zu, aber wie Wolff, S. 92, mit Recht bemerkt, verwandle sich die Verpflichtung zur ursprünglichen Leistung (Unterlassen) in die Verpflichtung zur Leistung des Surrogatinteresses und zwar bei einmaligen Unterlassungsverpflichtungen stets, bei mehrmaligen, insoweit als entgegengehandelt ist. Dies umsomehr, als ja obligationes non faciendi ihrer Natur nach, nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt klagend verfolgt werden könnten. Es liege also bei der Zuwiderhandlung, wie er S. 288 feststellt, eine rein objektive mora vor, bei der es also auf Verschulden nicht ankomme und mithin bedürfe es auch keiner interpellatio.

[1]) Wolff, Zur Lehre von der mora, 1841. S. 4.

Auch nach Mommsen[1]) hat die Lehre von der mora bei obligationes non faciendi keine Bedeutung. Er führt als Grund an: Die mora selbst bestehe in einer rechtswidrigen Unterlassung, die Zuwiderhandlung sei doch aber ein positives Tun, mithin könne für Obligationen auf Unterlassen die mora nicht in Betracht kommen.

Kniep[2]) unterscheidet mora im engeren Sinne oder Mahnungsmora und mora im weiteren Sinne, d. h. die Fälle, in denen keine interpellatio notwendig war. In seinen weiteren Ausführungen sieht er als eigentliche echte mora debitoris nur die durch Mahnung begründete an und kommt dann dazu, stets statt Verzug Mahnung einzusetzen.

Er sagt: [3]) „Wir können also die mora ganz abstreifen und statt von Mahnungsmora einfach von Mahnung sprechen". So wird denn naturgemäß für ihn die Frage, ob bei Unterlassungsverpflichtungen Verzug eintreten könne, zu derjenigen, ob bei diesen Verpflichtungen eine Mahnung möglich ist. Dies aber lehnt er deswegen ab, weil obligationes non faciendi eine Unterart derjenigen Obligationen sei, bei denen eine Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung nicht erforderlich ist. Somit dürfte es hier auch keiner Mahnung bedürfen und Verzug könne danach nicht eintreten.

Endlich spricht sich auch Madai[4]) gegen die Anwendungsmöglichkeit aus.

Wir sehen also, daß die Pandektenwissenschaft die Anwendung der Grundsätze des Schuldnerverzugs auf Verpflichtungen zu einem Unterlassen für ausgeschlossen hielt, daß sie vielmehr bei Zuwiderhandlung gegen diese die bloße

---

[1]) Mommsen, Die Lehre von der mora, 1855. S. 32.

[2]) Kniep, a. a. O. S. 19.

[3]) Kniep a. a. O. S. 25.

[4]) Madai, a. a. O. S. 210.

Tatsache der Nichterfüllung der Obligation beachtete und aus dieser die Schadenersatzpflicht des Schuldners begründete.

§ 4. Preußisches Recht.

Am Ende dieses geschichtlichen Teils wird auch ein Blick auf das preußische Recht für unsere Frage sich nicht erübrigen lassen. Die um die Wende des XVIII. zum XIX. Jahrhundert auf dem Gebiete des Rechts, vor allem in den Ländern deutscher Sprache einsetzende Bewegung, deren Ziel die Kodifikation des Rechts unter Ausschluß der Geltung aller anderen, insbesondere des römischen gemeinen Rechts war, hatte für Preußen das Zustandekommen eines allgemeinen Landrechts zur Folge. Wie in den anderen Kodifikationen, so waren auch im ALR. die Hauptgrundzüge, die sich im Laufe der Zeit in den einzelnen Rechtsmaterien ausgebildet hatten, anerkannt. So auch für das Obligationenrecht. Rein äußerlich betrachtet, ist hier der schon im gemeinen Recht nicht bestrittene Satz, daß die obligatorische Verpflichtung des Schuldners auch in einem Unterlassen bestehen könne, im Gesetz positiv zum Ausdruck gekommen. Das ALR. bezeichnet in § 123 I, 2 als Gegenstand des Forderungsrechts des Gläubigers und der Verpflichtung des Schuldners das „Geben, Leisten, Verstatten oder Unterlassen". Diese Definition entspricht im wesentlichen der gemeinrechtlichen. Der Inhalt eines Schuldverhältnisses war also gerichtet entweder auf ein Geben, d. h. Verschaffen des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte, oder auf eine sonstige Handlung; dabei unterscheidet aber das ALR. ausdrücklich positive und negative Handlungen, denn mit „Leisten" wird im Gegensatz zum BGB. lediglich das Tun bezeichnet, dem das „Verstatten", d. h. das Dulden und das Unterlassen gleichgestellt sind.

Die im gemeinen Recht entwickelten Grundsätze über

den Schuldnerverzug sind im wesentlichen in den über dieses Rechtsinstitut handelnden Paragraphen 15 ff, bis 24, 54, 56, 64 bis 71, I, 16 des ALR. zu Grunde gelegt. Voraussetzungen für den Eintritt des Verzuges des Schuldners sind: Fälligkeit, Mahnung und darauf folgende Nichterfüllung. Eine Mahnung ist nicht erforderlich, wenn die Leistungszeit durch Willenserklärung, richterlichen Ausspruch oder das Gesetz bestimmt ist, so daß also der gemeinrechtliche, in der Theorie heiß umstrittene Satz dies interpellat pro homine gesetzliche Anerkennung gefunden hat (§ 67, I, 16 ALR.). Der § 68, I, 16, ALR. bestimmt sogar, daß bei Zahlungsverpflichtungen des Schuldners, die mit einer aufschiebenden Bedingung bekleidet sind, der dem Schuldner bekannte Eintritt der Bedingung der Mahnung gleichsteht. Ebenso vertritt die Erhebung der Klage, wie auch im heutigen Recht, nach § 71, I. 16, ALR. die Stelle der Mahnung. Bei zweiseitigen Verträgen, bei welchen der eine Teil vorzuleisten hat, muß dies geschehen sein, um den anderen wirksam mahnen zu können, und bei solchen mit Verpflichtung zur Erfüllung Zug um Zug genügt die Offerierung der Leistung an Stelle der Mahnung (§ 224, I, 11, ALR.).

Im übrigen ist Verschulden des Schuldners zum Inverzuggeraten erforderlich, wie dies aus §§ 17 und 26, I, 16 ALR. hervorgeht. Ebenso sind die Wirkungen des Verzugs des Schuldners die gleichen wie im gemeinen Recht (§ 15 und 16, I, 16, ALR.).

Leider hüllen sich auch die Theoretiker des preußischen Rechts bezüglich der Frage, ob und inwieweit die Grundsätze über den Schuldnerverzug bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen Anwendung finden können, in Stillschweigen. Unseres Wissens geht nur Förster-Eccius[1]) auf diese Frage ein und verneint sie unter Hinweis auf Mommsen; da der

[1]) Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Bd. I. 1887. S. 708.

Verzug nichts anderes als ein Unterlassen sei, die Verpflichtung zu einem Unterlassen aber nur durch positives Tun verletzt werden könnte, so sei auch bei diesen Obligationen Verzug des Schuldners nicht denkbar.

Wir können aber auch aus den in vorstehendem Abschnitt absichtlich etwas näher ausgeführten Grundsätzen des ALR. über die Voraussetzungen für den Eintritt der mora debitoris entnehmen, daß sie auf Verpflichtungen zu einem Unterlassen kaum zutreffen dürften. Daß vielmehr das ALR. bei Regelung des Schuldnerverzugs nur die Verbindlichkeiten auf ein Geben und Leisten im Auge hat, scheint mit Deutlichkeit aus § 890 I, 11 ALR. hervorzugehen.

Wir kommen somit zu dem Resultat, daß auch im preußischen Recht die Grundsätze über den Leistungsverzug bei Verpflichtungen auf ein Unterlassen nicht angewendet werden konnten, ein Ergebnis, das auch für das sächsische Recht[1]) und für das Recht des cod. civil[2]) festzustellen wäre.

---

2. Teil: Geltendes Recht.

§ 5. Die Verpflichtungen zu einem Unterlassen.

Wir wenden uns nunmehr dem heute in Deutschland geltenden Privatrecht, vorzugsweise dem BGB. zu und werden im folgenden zunächst auf die Unterlassungsverpflichtungen näher eingehen, sodann die Grundsätze des BGB. über den Schuldnerverzug, soweit es für unsere Frage notwendig erscheint, darstellen und endlich die Möglichkeit der Anwendung

---

1) Siebenhaar, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, 1872. S. 480, Anm. 1.

2) Zachariae von Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts, 1894, II, S. 242, Anm. 15 und S. 273, Anm. 1.

letzterer bei Zuwiderhandlungen gegen Verpflichtungen zu einem Unterlassen prüfen.

Verpflichtungen zu einem Unterlassen sind im täglichen Leben wie innerhalb der Sphäre des heute geltenden Rechts nicht selten. Sie finden sich im BGB. zahlreich bei absoluten Rechten, besonders im Sachenrecht, z. B. beim Eigentum, im Nachbarrecht, als Inhalt von Dienstbarkeiten (§ 1018, „daß auf einem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen"). Ferner sind im Familien- und Erbrecht eine Reihe von Duldungspflichten enthalten, z. B. § 1141, wonach der Mann verpflichtet ist, ohne Rücksicht auf die ihm zustehende Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten Gut die Befriedigung der Gläubiger der Frau aus dieser Vermögensmasse zu dulden oder § 2213, Absatz 3. Aus dem Sachenrecht wären hierbei auch zu nennen die §§ 912, 917. Unser besonderes Interesse erregen aber diejenigen Verpflichtungen zu einem Unterlassen, die den Inhalt eines Schuldverhältnisses bilden, und diesen soll mithin eine eingehende Betrachtung gewidmet sein. Erinnert sei endlich noch an die gesetzlichen Unterlassungsverpflichtungen bei Konkurrenzverboten (HGB. §§ 60, 112) und die Unterlassungsansprüche bei unlauterem Wettbewerb (Unl. Wettb.-Gesetz §§ 1, 6, 8).

Der den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse im BGB. einleitende § 241 will zunächst den Inhalt eines Schuldverhältnisses feststellen und sagt: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Im zweiten Satz desselben Paragraphen wird dann über den Gegenstand der Leistung ausgesagt: die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. Daß diese Begriffsbestimmung mit dem alltäglichen Sprachgebrauch, der ja unter „Leistung", „leisten" etwas positives, ein Tun oder Handeln versteht, nicht übereinstimmt, ist ohne

weiteres ersichtlich. Daher hat Wendt, dem Treitel[1]) beigepflichtet, aus der Fassung des § 241, Satz 2 gefolgert, das BGB. habe in der Hauptsache nur positive Handlungen als Leistungsgegenstand im Auge und das Unterlassen stehe hier „mehr wie ein Beispiel und als möglicher Fall“. Demgegenüber hat Rogowski[2]) unter Hinweis auf die zahlreich im täglichen Leben vorkommenden Verbindlichkeiten zu einem Unterlassen hervorgehoben, der Gesetzgeber habe wohl kaum diese „immer mehr an Wichtigkeit zunehmende Gruppe von Schuldverhältnissen als etwas nur immerhin mögliches“ hinstellen wollen; vielmehr solle der Satz 2 des § 241 BGB. bedeuten: Die Leistung könne in einem Tun oder Unterlassen bestehen und er beruft sich dabei auf den § 206 des I. und den § 235 des II. Entwurfs.

Nach einem Blick auf den ersten und zweiten Entwurf des BGB. sowie in die Motive wäre jedoch festzustellen: Das BGB. bestimmt den Inhalt eines Schuldverhältnisses nach § 241 als eine Leistung, die der Gläubiger von dem Schuldner zu fordern berechtigt ist, und fügt hinzu, diese Leistung könne auch in einem Unterlassen bestehen. Das Unterlassen als Gegenstand der Leistung aufzufassen, läuft allerdings, wie wir schon oben bemerkten, dem alltäglichen Sprachgebrauch zuwider. Aus der Fassung des § 241 BGB. ist aber zu entnehmen, daß in diesem Paragraphen nicht nur eine Definition des Schuldverhältnisses gegeben werden, sondern auch der juristisch-technische Begriff für den Inhalt des Schuldverhältnisses aufgestellt werden soll, für das, was der Gläubiger von dem Schuldner fordern kann. Daß dieses Etwas sowohl etwas Positives (Tun, Geben) als auch etwas Negatives (Unterlassen, Dulden) sein kann, daß also ein

[1]) Wendt, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 92, S. 5. Treitel, Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten. S. 7.

[2]) Rogowski, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 104, S. 305—307.

Schuldverhältnis sowohl die Verpflichtung zu einem Tun, als auch zu einem Unterlassen zum Inhalt haben kann, ist unbestritten und von jeher in der Rechtswissenschaft und Praxis anerkannt. Das BGB. hat nun für diesen technischen Begriff nicht gerade glücklich den Ausdruck „Leistung" gewählt. Von einigen Autoren wird statt dessen der Ausdruck „Verhalten" gebraucht. So sagt H. Lehmann[1]) „das Gesetz versteht also unter Leistung die Handlung, zu der der Schuldner durch das Forderungsrecht verpflichtet wird, oder noch genauer — da das Unterlassen nicht notwendig Willenstat, Willensbestimmung ist — das Verhalten, das die Obligation auferlegt". Ähnlich auch Leonhard[2]). Eine Leistung also ist Inhalt des Schuldverhältnisses; daß unter diese ein Tun fällt, versteht sich von selbst, geht aus dem Sprachgebrauch hervor; daß aber zur Leistung in ihrem speziell technischen Begriff auch ein Unterlassen zu rechnen sei, mußte ausdrücklich gesagt werden und somit ist dem § 241 der Satz 2, wie auch die Denkschrift[3]) bestätigt, erläuternd hinzugefügt. Deutlicher in dieser Hinsicht war der § 206 des I. Entwurfs gefaßt: Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Tun oder ein Unterlassen des Schuldners (Leistung) sein und hierzu bemerken die Motive zum I. Entwurf[4]) ausdrücklich: „Terminologisch gebraucht der Entwurf für den Gegenstand des Schuldverhältnisses, sei es hiernach positiv oder negativ oder in beiden Richtungen zugleich bestimmt, in Übereinstimmung mit der modernen Rechtssprache den Ausdruck „Leistung". Auch der II. Entwurf bestimmte in § 205, Satz 2: Die Leistung kann in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen. Erst in dem Entwurf, der als Vorlage für den Bundesrat diente,

---

[1]) H. Lehmann a. a. O. S. 66.

[2]) R. Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB., S. 210.

[3]) Denkschrift zum Entwurf eines BGB. S. 61.

[4]) Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. II.

erhielt der die Definition des Schuldverhältnisses enthaltende Paragraph, nunmehr § 235, die auch heute in § 241 gültige Fassung in Satz 2. Aus dieser geringen und rein äußerlichen Abweichung wird man jedoch kaum entnehmen dürfen, daß das BGB. die Verpflichtung zu einem Unterlassen, wie Wendt meint, nur als möglichen Fall anführe. Vielmehr stehen beide Verpflichtungsmöglichkeiten, die zu einem Tun und die zu einem Unterlassen, grundsätzlich gleich. Wir müssen es also dabei bewenden lassen, die Verpflichtung zu einem Unterlassen auch entgegen dem Sprachgebrauch als Leistung im Sinne des BGB. anzusehen. Auch Duldungspflichten sind dem Recht der Schuldverhältnisse nicht unbekannt. Wo zum Beispiel jemand zur Ausübung des ius tollendi berechtigt ist, hat der andere die Wegnahme der Einrichtung von einer Sache zu dulden. (§ 258 BGB.) Ähnlich ist es beim Kauf auf Probe (§ 495, Abs. 2, BGB.) Hierher gehören auch die sogenannten Gestattungspflichten, so § 810 BGB. und aus dem Sachenrecht die §§ 867 und 1005.

Man unterscheidet im allgemeinen primäre und sekundäre Unterlassungspflichten. Bei den ersten bildet die Verpflichtung zu einem Unterlassen den alleinigen Inhalt des Schuldverhältnisses; bei den zweiten läuft sie neben einer positiven Verpflichtung als gleichwertige Hauptleistung (sogenannte kombinierte Unterlassungspflicht) oder als bloße Nebenleistung einher, wenn sie nämlich darauf hinzielt, alles das zu unterlassen, was die Erfüllung der positiven Vertragsverpflichtung hindern oder unmöglich machen würde.

Hinsichtlich ihrer Dauer pflegt man die Unterlassungen in einmalige und zeitweilige resp. mehrmalige einzuteilen.

Um nun das Wesen der Unterlassung sicher zu erkennen, bedarf es der Feststellung, ob diese vom Schuldner einen auf das Unterlassen gerichteten Willen erfordere oder nicht. Zuvor sei bemerkt, daß die Gerber-Maxensche[1]) Theorie,

[1]) Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweis-

wonach die Unterlassung sich als der Verzicht auf das Recht zum Tun darstellt, heute als endgültig abgelehnt zu betrachten ist. Schon Thon, Unger, Hartmann und neuerdings Lehmann sowie Stephan[1]) haben eingewendet, daß es ein allgemeines Recht zum Tun garnicht gebe, und daß auch der bloße Verzicht auf dieses Recht dem Interesse des Gläubigers und dem Zweck der Obligation garnicht genüge. Windscheid[2]) macht nun folgendes geltend: die Unterlassung sei eine Handlung, eine Willensbestimmung, nur nicht zur Tätigkeit, sondern zur Untätigkeit. Auch Unger[3]) verlangt bei Omissivhandlungen wie bei „Handlungen im engeren eigentlichen Sinne", sowohl einen Willensentschluß, als auch eine Willensäußerung des Schuldners unter Berufung auf Puchta[4]). Ebenso rechnet Leonhard[5]) zu den „Unterlassungen im juristischen Sinne" nur die in einer „inneren Handlung", in dem „Unterdrücken eines Triebes" bestehenden, also einen Willensentschluß erfordernden Unterlassungen. Dieser Ansicht sind auch noch Langheineken[6]), der Windscheid beipflichtet, sowie v. Schey[7]). Als Gegner dieser Auffassung erklärt sich Thon[8]). Er geht davon aus, daß die Rechtsnormen entweder Gebote oder Verbote enthalten, und daß

---

last, S. 36 ff. — Maxen, Über Beweislast, Einreden und Exzeptionen, S. 200/210.

1) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 200, Anm. 118. — Unger, Österreichisches Privatrecht, S. 568, Anm. 31a. — Hartmann, Die Obligation, S. 117, Anm. 2. — H. Lehmann a. a. O. § 3, Abs. 3. — Stephan, Der negative Leistungsanspruch und die Geschichte seines Rechtsschutzes, Dr.-Diss., Breslau 1908, S. 26.

2) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II, § 252, Anm. 1a

3) Unger a. a. O. II, § 75, Anm. 3.

4) Puchta, Pandekten, § 49, Note b.

5) Leonhard a. a. O., S. 4 u. 199.

6) Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 247, Anm. 2.

7) v. Schey, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. Bd. 9, S. 373

8) Thon a. a. O., S. 200.

diese sich zwar an den Willen des Verpflichteten wenden, jedoch nur, um Erfüllung der Verpflichtung zu begehren. „Ebenso wenden sich die Verbote an den Willen. Aber sie begehren nur, daß das Untersagte nicht getan, nicht auch, daß das Nichttun gewollt werde.“ Für die Rechtsordnung sei es gleichgültig, aus welchen Gründen der Verpflichtete unterläßt. „Ihr genügt es, daß die Tat unterbleibt.“ Auch würde durch das Erfordernis eines ständig auf die Unterlassung gerichteten Willens die Verpflichtung des Schuldners „bis zum Unerträglichen gesteigert“ und er begehe ein Unrecht, wenn sein Wille auch nur eine kurze Zeit hindurch nicht auf das Unterlassen gerichtet wäre. Eine solche Verpflichtung könne nur anzunehmen sein, wenn man die Verpflichtung zu einem Unterlassen als ein Gebot auf Unterlassen auffasse. Daß diese Auffassung aber falsch sei, ergebe sich aus den vorstehenden Gründen und mithin stelle sich „der Imperativ der negativen Obligation als ein Verbot der Handlung, nicht als ein Gebot der Unterlassung“ dar.

Demgegenüber hat neuerdings Lehmann[1]) geltend gemacht, daß die von Thon aus der Willensbestimmung des Gebots zum Unterlassen gezogenen Konsequenzen in solcher Allgemeinheit nicht zutreffend seien. Der im objektiven Recht enthaltene Befehl — sei dieser ein Gebot oder ein Verbot — wende sich nur an den Einzelnen, sofern dieser seiner Verpflichtung widerstrebe; es werde also nicht eine ständige Willensbestimmung zum Unterlassen verlangt, sondern „eine Selbstüberwachung nur in den Augenblicken, wo der Verpflichtete mit der durch eine Verbotsnorm gesicherten Interessensphäre in Berührung kommt“. Insoweit sei also auch die negative Verbindlichkeit ebenso wie die positive auf eine Willensbestimmung gerichtet.

Geht man jedoch bei diesen Erörterungen nicht lediglich

---

[1]) Lehmann a. a. O., S. 21 ff.

von der obligatorischen Verbindlichkeit zum Unterlassen aus, sondern zieht auch, worauf Stephan[1]) hinweist, die aus absoluten Rechten resultierenden Unterlassungspflichten in Betracht, so erweisen sich die Normen des objektiven Rechts als Handlungsverbote, denen genügt ist, wenn das Verbotene nicht getan wird ohne Rücksicht auf den Willen des Verpflichteten.

Bezüglich der Klagbarkeit der Unterlassung im heutigen Recht wäre zu bemerken, daß das Gesetz zwar keine allgemeine Unterlassungsklage kennt, wohl aber mehrfach bei Erörterung der einzelnen Rechtsverhältnisse unter besonderen Voraussetzungen eine solche gewährt. Einen derartigen Fall stellt § 12 BGB. dar[2]). Man kann hier drei verschiedene Klagen unterscheiden: erstens eine gewöhnliche Feststellungsklage, wenn nämlich das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten wird; zweitens eine Leistungsklage, wenn das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt wird, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht; sie geht auf Beseitigung der Beeinträchtigung, eventuell auf Schadenersatz; endlich drittens die eigentliche Unterlassungsklage, welche nach erfolgter Zuwiderhandlung bei Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen gegeben ist. Sie hat also zur Voraussetzung, daß bereits ein Recht durch Zuwiderhandeln verletzt ist, sowie daß weitere derartige Verletzungen zu befürchten sind. Dies gilt im großen und ganzen für alle im BGB. ausgeführten Unterlassungsklagen.

Eltzbacher[3]), der im Wege der Analogie aus den einzelnen Vorschriften eine allgemeine Unterlassungsklage ableiten will, formuliert den gemeinsamen Grundsatz dahin, „daß, wo ein Privatrecht verletzt worden, bei einem

---

1) Stephan a. a. O., S. 29.

2) Weitere Fälle: §§ 550, 862, 1004, 1027, 1053, 1134 BGB.

3) P. Eltzbacher, die Unterlassungsklage, Berlin 1906, S. 96.

Forderungsrecht trotz einer Abmahnung eine weitere Verletzung erfolgt ist und infolgedessen ein künftiges verletzendes Tun des Verletzers befürchtet werden muß, der Berechtigte auf Unterlassung klagen kann“. Handelt also jemand einer Unterlassungsverpflichtung zuwider, so kann der Berechtigte zunächst nur auf Schadenersatz klagen. Erst bei begründeter Befürchtung weiterer Zuwiderhandlungen kann er ein Urteil gegen den Verpflichteten erlangen, welches diesem — weitergehend als ehemals im römischen Recht — die Beobachtung seiner Unterlassungspflicht gebietet und für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe androht. Daß derartige Urteile nun allerdings nur im Wege mittelbaren Zwanges — durch Geld- oder Haftstrafen — vollstreckbar sind, hat seinen Grund in dem besonderen Wesen der Unterlassung selbst.

§ 6. Grundsätze des BGB. über den Verzug des Schuldners.

Verzug des Schuldners oder Leistungsverzug liegt nach § 284 BGB. vor, wenn der Schuldner nach Eintritt der Fälligkeit auf eine Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Voraussetzungen für den Schuldnerverzug sind also wie schon im gemeinen Recht diese drei: Fälligkeit, Mahnung, Nichtleistung. Die Nichtleistung darf aber nicht zur Zeit der Fälligkeit eine endgültige, sondern sie muß eine nur vorläufige sein; die Leistung muß daher eine noch mögliche sein. Von der Literatur wird daher oft der Verzug unter Anlehnung an den sprachlichen Ausdruck als Verzögerung der Leistung bezeichnet. Demgegenüber muß aber betont werden, daß das BGB. in § 284 ausdrücklich sagt: Leistet der Schuldner nicht und nicht etwa: verzögert der Schuldner die Leistung. Dieser Unterschied ist sehr zu beachten; denn wo das Gesetz von „Verzug“ spricht, hat es das in Frage stehende Rechtsinstitut im Auge; wendet es dagegen die

Ausdrücke „unverzüglich", „ohne schuldhaftes Zögern" an, so identifiziert es seine Bezeichnungen mit dem alltäglichen Sprachgebrauch und meint ein bloßes Säumigsein, Zögern, nicht aber, das an die oben genannten Voraussetzungen geknüpfte Rechtsinstitut des Verzuges. Dieser Unterschied ist aber nicht nur ein rein äußerlicher, sprachlicher. Ein „Verzögern" liegt bei jeder nicht rechtzeitigen, aber später erfolgenden Vornahme einer Handlung vor. Hier aber ist die Nichterfüllung dadurch zu dem besonderen Rechtsinstitut des Verzuges erhoben, das abgesehen von dem Erfordernis der Fälligkeit der Leistung als besondere Voraussetzung die Mahnung durch den Gläubiger aufgestellt ist: § 284: „der Schuldner kommt durch die Mahnung in Verzug". Das Gesetz geht nun zwar von der Annahme aus, daß die Leistung späterhin noch erfolgen werde, daß also der Schuldner die Erfüllung der Verbindlichkeit nur verzögere. Dies wird aber nicht in allen Fällen, in denen Verzug vorliegt, zutreffen. Denn abgesehen davon, daß es sich oft bei Eintritt des Verzugs nicht übersehen läßt, ob die Leistung späterhin überhaupt noch bewirkt werden wird, spricht das BGB. gerade auch dann, wenn es sich später herausstellt, daß die Leistung nicht mehr erfolgen kann, von Verzug. So sagt § 286, Abs. 2: „Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse", d. h. ist die spätere Leistung nicht mehr die Leistung, die sie bei rechtzeitiger Bewirkung für den Gläubiger gewesen wäre, muß also die Erfüllung später unterbleiben, so ist dennoch von Verzug die Rede und die sich an diese nunmehr endgültige Nichterfüllung knüpfenden Rechtsfolgen sind Rechtsfolgen aus dem Verzug. Dasselbe läßt sich für gegenseitige Verträge nachweisen. Der Absatz 2 des § 326 hat den eben besprochenen Fall der späteren Nichtleistung im Auge und gibt ausdrücklich dem vertragstreuen Teil die in Abs. 1 bezeichneten Rechte. Der Abs. 1 dieses Paragraphen be-

handelt aber den Verzug bei gegenseitigen Verträgen. In allen diesen Fällen kann, obwohl unzweifelhaft Verzug vorliegt, doch von einer Verzögerung der Leistung nicht gesprochen werden; denn es wird ja nicht verzögert, sondern garnicht erfüllt. Es empfiehlt sich daher nicht, den Verzug des Schuldners als eine Verzögerung der Leistung aufzufassen.

Andererseits wird von den meisten Autoren, um den Verzug gegenüber der Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit der Leistung abzugrenzen, die „Nachholbarkeit der Leistung als das Kriterium des Verzugs" angesehen. Dem ist sicher insoweit beizupflichten, als die Möglichkeit einer Nachholung der Leistung in dem Zeitpunkte unzweifelhaft sein muß, an welchem das Schuldverhältnis erfüllt werden sollte. Denn steht zu dieser Zeit bereits fest, daß die Leistung überhaupt nicht bewirkt werden kann, weil entweder objektiv Unmöglichkeit der Leistung oder subjektiv Unvermögen des Schuldners der Grund ist, so liegt Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit vor und von einem Verzug kann mithin nicht gesprochen werden. War aber zur Erfüllungszeit die Leistung möglich und tritt erst später Unmöglichkeit der Leistung ein, so ist dies, wie soeben nachgewiesen, eine Rechtsfolge des bereits eingetretenen Verzugs, die im Einzelfalle nicht nach § 280, Abs. 1, sondern nach § 286 BGB. zu beurteilen ist.

Vor allem wird aber in der Literatur darauf hingewiesen, daß bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Verbindlichkeit eine „teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit" vorliegt. Damit soll gesagt sein, daß, wenn die Leistungszeit einmal ohne Erfüllung verstrichen ist, die rechtzeitige Leistung der natürlichen Tatsache des Zeitablaufs gemäß nicht mehr bewirkt werden kann, daß demnach die Leistung hinsichtlich des Zeitmoments unmöglich geworden ist. Bei allen denjenigen Verbindlichkeiten allerdings, die den Charakter eines Fixgeschäftes tragen, wird die nicht rechtzeitige Erfüllung — also die Unmöglichkeit der Leistung

in Ansehung der Zeit — zugleich eine Unmöglichkeit hinsichtlich des Gegenstandes und des Ortes, d. h. totale Unmöglichkeit der Leistung, zur Folge haben. Wo aber die Erfüllungszeit nicht derart genau bestimmt ist, daß mit der nicht rechtzeitigen Leistung der Zweck der Obligation hinfällig und somit die Leistung überhaupt unmöglich wird, ist eine „teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit" sehr wohl denkbar und entspricht ganz dem Moment der Nachholbarkeit; denn nur die rechtzeitige Leistung ist unmöglich geworden, nicht die Leistung überhaupt, diese wird vielmehr, sofern nicht später noch Umstände eintreten, die die Erfüllung unmöglich machen, noch zu bewirken sein. Trifft dies aber zu, so liegt Verzug mit der Leistung vor. Auch die Motive bezeichnen, worauf Kleineidam[1]) hinweist, den Verzug als „eine Nichterfüllung der Verbindlichkeit in einer bestimmten Richtung", und deuten dadurch auf die durch das Nichteinhalten des Zeitmoments bewirkte teilweise Unmöglichkeit der Leistung hin.

Der Mahnung als Voraussetzung des Verzugs sind vom BGB. § 284, Abs. 1, Satz 2 die Erhebung der Klage und die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleichgestellt. Eine Mahnung ist gemäß § 284, Abs. 2 überhaupt nicht erforderlich, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist oder die Leistungszeit sich von einer Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt. Damit ist der schon im ALR. normierte gemeinrechtliche Satz dies interpellat pro homine auch für das heutige Recht gesetzlich anerkannt.

Das Verschulden des Schuldners kann, wie u. a. auch de Claparède[2]) nachweist, nur für die Frage in Betracht

---

[1]) Motive zum Entwurf eines BGB., Bd. II, S. 56. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB., S. 25, Anm. 12.

[2]) de Claparède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge mit besonderer Berücksichtigung des BGB. I, S. 18 u. 19.

kommen, ob und inwieweit der Schuldner die Verzugsfolgen zu vertreten hat. Das BGB., § 285, geht auch nach seiner Fassung davon aus, daß regelmäßig ein Verschulden des Schuldners an der nicht rechtzeitigen Erfüllung vorliegen wird. Nur dann, wenn er den Umstand, dessentwegen die rechtzeitige Leistung unterblieben ist, nicht zu vertreten hat, sollen auch die Rechtsfolgen des Verzugs dem Schuldner nicht zur Last fallen.

Wir kommen also nach dem bisher Gesagten zu folgender Feststellung: Verzug des Schuldners ist derjenige Rechtszustand, welcher beim Vorliegen der Fälligkeit und regelmäßig der Mahnung des Gläubigers durch die Nichterfüllung der schuldnerischen Verpflichtung von Rechtswegen herbeigeführt wird und der im Gesetz besonders geregelt ist. An diesen Rechtszustand knüpfen sich zu Lasten des Schuldners gewisse Rechtsfolgen, die der Schuldner nur dann nicht zu tragen hat, wenn er den Umstand, infolgedessen die Erfüllung unterblieb, nicht zu vertreten hat. Die Rechtsfolgen des Verzugs sind im wesentlichen die, daß der Schuldner den durch den Verzug entstehenden Schaden dem Gläubiger zu ersetzen hat; daneben bleibt seine Verbindlichkeit zur Leistung voll und ganz bestehen. Hat jedoch der Gläubiger an der späteren Leistung infolge des Verzugs kein Interesse mehr, was zu beweisen ihm obliegt, so kann der Gläubiger nach Abs. 2 des § 286 die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Ferner wird die Haftung des Schuldners durch den Verzug verschärft; er hat jede Fahrlässigkeit und auch die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten. Von dieser strengen Haftung kann er sich nur durch den Nachweis befreien, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Erfüllung eingetreten wäre. Für Leistungsverzug bei gegenseitigen Verträgen bestimmt § 326, daß es hier nicht des oft schwierigen Nachweises auf Seiten des vertragstreuen Teils, die Leistung habe für ihn infolge des Verzugs

kein Interesse, bedürfe. Vielmehr ist eine Erleichterung dahin eingeführt, daß der vertragstreue Teil dem im Verzug befindlichen Teil eine angemessene Frist setzen kann, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne. Erfolgt innerhalb dieser Frist die Leistung nicht, so kann er ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

Von den übrigen besonderen Rechtsfolgen des Verzugs interessiert für unseren Fall der § 339 BGB. Hat nämlich der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllen werde, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe versprochen, so hat hier der Verzug des Schuldners zur Folge, daß damit die Strafe verwirkt wird. Für Unterlassungsobligationen ist jedoch besonders bestimmt, daß mit der Zuwiderhandlung bereits die Strafe verfallen ist, worauf wir aber erst weiter unten eingehen werden. An dieser Stelle sei nur auf die Ansicht von Treitel und Titze[1]) hingewiesen, daß nämlich in § 339 BGB. das Wort Verzug im Sinne „einer vom Schuldner zu vertretenden Nichtleistung“ gebraucht sei. Nach unseren obigen Feststellungen kann aber diese Auffassung nicht zutreffend sein. Auch hätte sich bei dieser Annahme eine besondere Regelung für Unterlassungsverpflichtungen erübrigt, da ja auch die Zuwiderhandlung, soweit sie für die Verwirkung der Vertragsstrafe in Betracht kommt, sich als eine vom Schuldner zu vertretende Nichtleistung darstellen wird. Das Gesetz meint vielmehr das selbständige Rechtsinstitut des Verzugs.

---

1) Treitel a. a. O., S. 60, Anm. 80. — Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichem Recht, Leipzig 1900, S. 42.

§ 7. Können die Grundsätze über den Schuldnerverzug bei Unterlassungsverpflichtungen Anwendung finden?

A. Stellung der Literatur.

Wir werden uns nun zunächst über die Stellungnahme der Literatur zu der Frage, ob und inwieweit die Grundsätze über den Schuldnerverzug auf Verpflichtungen zu einem Unterlassen Anwendung finden können, klar werden müssen.

Die Ansichten sind geteilt und zwar lehnt die Mehrzahl der Autoren die Anwendung der Verzugsgrundsätze ab.

Während nun einige aus dieser Gruppe[1]) für ihre verneinende Entscheidung keine näheren Gründe anführen, macht O. Fischer[2]) geltend, daß die den Schuldnerverzug regelnden Bestimmungen des BGB. „nur auf obligationes ad dandum et faciendum zugeschnitten" seien und hebt ferner hervor, daß nur die auf Gebot beruhenden Rechte durch positives Tun der Verpflichtung erfüllt werden könnten; bei den Unterlassungsverpflichtungen käme dagegen lediglich die Zuwiderhandlung in Betracht, also das Gegenteil der Erfüllung; mithin könne es hier wie keine Erfüllung so auch keinen Verzug geben.

Die bei weitem größte Zahl der Autoren dieser Gruppe hält Verzug des Schuldners bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen deshalb für ausgeschlossen, weil mit der Zuwiderhandlung die Voraussetzungen des § 280, Abs. 1 BGB. gegeben seien. Auch hier lassen es einige an einer näheren Begründung fehlen. Dagegen sprechen sich Lehmann,

---

[1]) Haensell, Die Besonderheiten der Unterlassungsschulden, S. 39. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, S. 749, Note 4.

[2]) O. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 82.

Paasche, Knigge, Treitel[1]) sehr eingehend hierüber und im wesentlichen übereinstimmend folgendermaßen aus: Bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen — mögen es einmalige oder dauernde sein — werde durch die auch nur einmalige Zuwiderhandlung die Leistung in ihrem ganzen Umfange, nicht nur hinsichtlich der Zeit, sondern auch des Gegenstandes und des Ortes, d. h. total unmöglich. Damit entfalle zugleich die Möglichkeit der Nachholung der Leistung; denn wenn die Unterlassung zur Leistungszeit nicht beobachtet wurde, also statt unterlassen zuwidergehandelt sei, könne die vertragsmäßige Leistung weder zu dieser Zeit noch überhaupt jemals erfolgen. Mithin sei Verzug bei Unterlassungsobligationen nicht denkbar und der Schadensersatzanspruch des Gläubigers sei aus § 280 BGB. herzuleiten.

Lehmann[2]) besonders führt aus: „Es kann nur unterlassen oder zuwidergehandelt werden. Ein drittes: Eine Verzögerung der Unterlassung ist garnicht denkbar. Ist einmal getan, was in einem bestimmten Zeitpunkt unterlassen werden sollte, so läßt sich das spätere Unterlassen der fraglichen Handlung nie mehr als Nachholung des früher geschuldeten Unterlassens auffassen.“ Dieser Ansicht pflichtet auch Treitel[3]) bei; wenn er jedoch sagt: „Bei Unterlassungen müßte, damit von Verzug geredet werden könnte, ein Mittelglied gefunden oder gedacht werden können zwischen Leisten und Nichtleisten“, so wäre hierbei doch zu erwägen, daß es auch bei Verpflichtungen zu einer positiven Leistung juristisch nur ein Leisten oder Nichtleisten gibt, Tun oder Unterlassen.

Im folgenden begründet er die Nichtanwendbarkeit des

---

[1]) Lehmann, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 96, S. 73. Paasche, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, S. 5. Knigge, Die negative Leistung, S. 38. Treitel, a. a. O., S. 64.

[2]) Lehmann, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 96, S. 60 ff.

[3]) Treitel, a. a. O., S. 66.

Verzugs bei dauernden Unterlassungsverpflichtungen damit, daß eine spätere Nachholung nicht möglich sei. Denn die fernere, noch innerhalb der Erfüllungszeit liegende Unterlassung könne nicht als Nachholung der versäumten Unterlassung angesehen werden, da sie ja geschuldet sei. Insoweit dürfte Treitels Beweisführung zwingend sein. Zweifelhaft dagegen erscheint der nun folgende Satz: „Und nach Ablauf der ganzen Zeit, während der unterlassen werden sollte, ist natürlich eine Nachholung, weil nicht geschuldet, ausgeschlossen.“ Damit soll offenbar gesagt sein, daß eine Leistung nur zu der Zeit nachholbar ist, zu der sie geschuldet ist. Allein das würde dem Wesen der Nachholung widersprechen, wie auch ein Hinblick auf Verpflichtungen zu positiven Leistungen zeigt. Wenn beispielsweise jemand auf Grund eines Dienstvertrages verpflichtet ist, einem anderen während eines Monats Dienstleistungen zu verrichten und er würde nun an zwei Tagen im Monat nicht leisten, so würde auch hier nach Treitel die Möglichkeit der Nachholung fehlen. Denn an den der Nichtleistung folgenden Tagen desselben Monats wäre er ja ohnehin zur Leistung der Dienste verpflichtet und diese Leistung wäre mit Recht keine Nachholung der an den beiden Tagen nicht bewirkten Leistung. Und nach Ablauf des Monats, während dessen geleistet werden sollte, würde — wie Treitel meint — eine Nachholung ausgeschlossen sein, denn die Leistung ist nicht mehr geschuldet. Darin besteht nun aber gerade das Wesen der Nachholung, daß die einmal nicht rechtzeitig erfolgte Leistung nunmehr doch noch zu einer Zeit bewirkt wird, zu der sie nicht schon von vornherein, hier also auf Grund des Dienstvertrages geschuldet wird. Eine Leistung wird also gerade dann nachgeholt, wenn sie zu einer Zeit erbracht wird, zu welcher der Gläubiger einen Anspruch auf sie hat, der nicht schon bei Begründung des Schuldverhältnisses ihm zustand. Denn durch die Nachholung der Leistung soll der

Gläubiger möglichst so gestellt werden, als wenn die Leistung rechtzeitig bewirkt wäre. Der Schuldner will ja gerade durch die Nachholung der Leistung das wieder gut machen, was er durch die nicht rechtzeitige Leistung verabsäumt hat. In unserem Beispiel des Dienstvertrages hätte der Schuldner die verabsäumte Leistung dadurch nachzuholen, daß er auch noch an den beiden ersten Tagen des folgenden Monats seine Dienste verrichtet. Eine andere Frage ist die, ob die einmal nicht rechtzeitig bewirkte Leistung überhaupt noch nachgeholt werden kann und das wird ganz auf die Natur des einzelnen Schuldverhältnisses ankommen.

Ähnlich wie Lehmann und Treitel begründen auch Paasche und Knigge die Ansicht, daß durch die Zuwiderhandlung die Erfüllung des Schuldverhältnisses unmöglich werde.

H. Titze[1]) seinerseits, der den Verzug lediglich im Wege der Etymologie vorgehend als ein „Säumigsein" definiert, leitet daraus her, daß der Verzug eine Verpflichtung zum Handeln, nicht aber zum Unterlassen voraussetze und daher bei Unterlassungsverpflichtungen nicht zur Anwendung kommen könne.

Auch Schöller[2]) glaubt, daß das Gesetz bei den allgemeinen Vorschriften über Verzug von der Leistung als einer Handlung ausgehe und deshalb das Unterbleiben der Leistung als eine Unterlassung, nicht als eine Zuwiderhandlung auffasse. Die Zuwiderhandlung aber begründe eine Unmöglichkeit der Leistung „und zwar eine vollständige, wenn eine einmalige Unterlassung geschuldet wurde, eine teilweise, wenn eine mehrmalige oder dauernde Unterlassung in Frage kam."

---

[1]) Titze, a. a. O. S. 41, Anm. d.

[2]) Schöller, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 46. S. 26.

Mehr vereinzelt steht Krückmann[1]) mit seinen Ausführungen da. Er will zunächst aus rein sprachlichen Gründen Verzug bei Unterlassungsobligationen ablehnen. Ihm ist das „Nichttun eines bestimmten Nichttuns eine so unangenehme Vorstellung, die sich so von allem Einfachen und Natürlichen entfernt, daß damit auch schon die Entscheidung gesprochen ist." Demgegenüber sei darauf hingewiesen, daß die „so unangenehme Vorstellung" mit Leichtigkeit dadurch behoben werden kann, indem man statt „Nichttun eines bestimmten Nichttuns" mit vollem Recht Nichterfüllung der Verpflichtung des Schuldners setzt; dieser Ausdruck trifft sowohl die Unterlassung eines geschuldeten Tuns, als das Zuwiderhandeln gegen eine geschuldete Unterlassung.

Krückmann wendet sich dann gegen die Ansicht, daß deshalb, „weil die Nachholbarkeit entfällt", Unmöglichkeit infolge Zuwiderhandelns vorliege. Vielmehr sei, abgesehen davon, daß die Leistung für die Zukunft noch immer möglich sei, die Ursache hierfür lediglich der Zeitablauf und daher könne Unmöglichkeit auch ohne Zuwiderhandeln eintreten. Er sagt nämlich: „Es gibt also bei Unterlassungspflichten nur eine Ursache der Unmöglichkeit, den Zeitablauf, und dies zeigt sich an der ursprünglichen Unmöglichkeit." Zum Beweis führt er das Beispiel an, daß jemand sich eine Unterlassung versprechen läßt, die durch den Zeitablauf schon gegenstandslos geworden ist. Allerdings wird man zugeben müssen, daß die Unterlassung hier unmöglich ist; aber da Schuldverhältnisse, die eine unmögliche Leistung zum Gegenstand haben, nichtig sind, kann man auch für die Rechtswissenschaft nichts mit derartigen Beispielen beweisen. Krückmann will daher die Zuwiderhandlung als ein vertragliches Verschulden auffassen und hieraus den Schadensersatzanspruch des Gläu-

---

[1]) Krückmann, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 101. S. 225 ff.

bigers und eventuell auch ein Rücktrittsrecht desselben ableiten.

Ferner verneint Wendt[1]) die Anwendung der Verzugsvorschriften bei Unterlassungsverpflichtungen. Was die Möglichkeit der Nachholung anbetreffe, so werde es bei Unterlassungspflichten ganz auf die Beschaffenheit der Verbindlichkeit des Schuldners ankommen. Er scheint also nicht durchweg den Verzug ablehnen zu wollen. Denn wenn die Verpflichtung des Schuldners zu einem Unterlassen derart beschaffen ist, daß eine Nachholung nicht als ausgeschlossen anzusehen ist, so wird man in diesen Fällen offenbar nach Wendts Äußerung von Verzug reden dürfen. Jedoch gibt auch er zu, bei den meisten Verbindlichkeiten werde die Zuwiderhandlung bewirken, daß sich der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung in einen Schadensersatzanspruch umwandele, so daß sicher in diesen Fällen von Verzug nicht gesprochen werden könne.

Dernburg[2]) hält zwar Verzug bei Unterlassungen für nicht denkbar und begründet diese Ansicht damit, daß es bei Unterlassungen keine Erfüllungszeit gäbe. Dieser Ansicht ist auch Pagenkemper.[3]) Jedoch könnten nach Dernburg bei Zuwiderhandlung gegen Unterlassungspflichten die für den Verzug gegebenen Bestimmungen entsprechende Anwendung finden.

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Oertmann[4]) ein. Nach ihm bewirkt der Eintritt des Verzugs keineswegs immer eine völlige oder auch nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung. „Aber selbst wenn er sie bewirkt, ist das gerade eine Folge des eingetretenen Verzugs, kein Hindernis für

---

[1]) Wendt a. a. O., S. 68/69.

[2]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, II, 1 S. 23, S. 184.

[3]) Pagenkemper, Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflicht, S. 59.

[4]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 284, Note 3.

seinen Eintritt." Und ob nun Verzug bei Unterlassungsverpflichtungen eintreten könne, bejaht Oertmann wenigstens für die dauernden obligationes non faciendi. Denn er führt aus: „Daß durch die Zuwiderhandlung eine Unmöglichkeit der Leistung bewirkt werde und es so weit nicht zum Verzuge komme, der dessen Nachholbarkeit voraussetzte, trifft nicht ausnahmslos zu; so nicht bei den meisten Dauerunterlassungen."

Endlich lehnen auch Kohler, Staub und Kiß die direkte Anwendung der Verzugsnormen bei Unterlassungsverpflichtungen ab, entscheiden sich aber für analoge Anwendungen derselben. Kohler[1]) kommt zu diesem Ergebnis auf Grund der prinzipiellen Verschiedenheit von Tun und Unterlassen. Er will deshalb auch bei gegenseitigen Verträgen im Falle der Zuwiderhandlung gegen Unterlassungsverpflichtungen den § 326 „rechtsähnlich" anwenden, d. h. der Gläubiger soll ohne weiteres ein Rücktrittsrecht haben, wenn eine einmalige Zuwiderhandlung „den Interessen des Gegners so widerspricht, daß der wesentliche Zweck des Schuldverhältnisses dadurch verfehlt ist"; anderenfalls sei anzunehmen, daß nur eine nochmalige Zuwiderhandlung nach erfolgter Abmachung den Gläubiger zum Rücktritt berechtigen solle.

Auch Staub[2]) glaubt bei den gesetzlichen Bestimmungen über den Verzug des Schuldners unter „Leistung" nur eine positive Leistung verstehen zu müssen. Dies ergebe sich aus dem engen Zusammenhange der §§ 326 mit 323 ff. und in diesen letzteren sei „zweifelsohne nur gemeint das Unterbleiben der geschuldeten positiven Leistung." So kommt er zu dem Schluß, daß auch in § 326 nur positive Leistungen gemeint seien. Er wendet sich im Folgenden aber gegen die Annahme, daß durch das Zuwiderhandeln Unmöglichkeit der Unterlassungspflicht herbeigeführt werde; für diesen Fall viel-

[1]) Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, S. 41 und 88.

[2]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 9/10, 15, 23/24.

mehr findet er aus § 286, der ja vom Leistungsverzuge handelt, im Wege der Analogie den Rechtssatz, „wonach derjenige, der eine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung schuldhaft verletzt, dem anderen Teil den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen hat.“ Ebenso verfährt er für gegenseitige Verträge bei § 326, nur braucht der Gläubiger hier zwecks Rücktritt keine Frist setzen und auch die Ablehnung der Erfüllungsannahme nicht androhen. Hierbei scheint Staub aber zu übersehen, daß, bevor man die einzelnen Bestimmungen über die Verzugsfolgen (§§ 286 und 326 BGB.) für analog anwendbar erklärt, doch zunächst untersuchen muß, ob die Voraussetzung dafür, nämlich der Verzug selbst, in diesen Fällen vorliegen könnte oder doch wenigstens ein analogischer Tatbestand. Dies muß er jedoch nach seiner zuvor zitierten Auffassung vom Verzuge verneinen.

G. Kiß[1]) begründet seine Ansicht damit, daß bei Unterlassungspflichten nur von einer Zuwiderhandlung, nicht aber Verzögerung die Rede sein könne und daß deshalb die Verzugsbestimmungen nicht unmittelbar, sondern analog Anwendung finden könnten.

Im Gegensatze zu den bisher erörterten Auffassungen spricht Stammler[2]) sich für direkte Anwendung der Grundsätze über den Leistungsverzug bei Unterlassungen aus und zeigt an einem Beispiel, wie demnach zu verfahren wäre. Es ist ein Vertrag zwischen einem Schriftsteller und einem Schlossermeister geschlossen, wonach dieser gegen Zahlung von 500 Mark von seiten des anderen verpflichtet sein sollte, an bestimmten Stunden sein lärmendes Gewerbe nicht auszuüben. Handelte nun der Schlossermeister seiner Verpflichtung zuwider, so wäre er nach Stammler unter einer Fristsetzung zu mahnen, vertragsmäßig zu unterlassen. Nach fruchtlosem

[1]) Kiß, Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 31. S. 176 ff.

[2]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 145.

Ablauf der Frist könne der Schriftsteller vom Vertrage zurücktreten. Stammler beruft sich außerdem auf § 339, Abs. 2 BGB., „aus dessen abweichender Bestimmung hervorgeht, daß es im Falle des Verzugs bei den allgemeinen Regeln bleiben muß". Aber gerade dafür, daß in dem von ihm dargelegten Fall Verzug des Schuldners überhaupt möglich ist und vorliegt, gibt Stammler gar keine Beweise. Auch Langheineken[1]) wendet sich gegen die Ansicht, daß es bei Unterlassungen keinen Verzug gebe, und glaubt ihr wenigstens in dieser allgemeinen Fassung nicht zustimmen zu können, da er den prinzipiellen Unterschied zwischen Tun und Unterlassen unter Berufung auf deren Gleichstellung vom Gesetz als Leistungsgegenstand nicht anerkennt.

Sodann haben Paech und de Claparède den Nachweis zu führen gesucht, daß Verzug auch bei Obligationen auf eine Unterlassung denkbar sei. Paech[2]) gibt zu, daß der Verzug eine begrifflich negative Tatsache sei, aber, so führt er aus, das der negativen Handlung entgegengesetzte Tun, d. h. die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungsverpflichtung, sei ja nichts anderes als das Unterlassen der rechtzeitigen Erfüllung des Schuldverhältnisses. Da ferner die Nachholbarkeit der Leistung zwar nicht bei Verpflichtungen zu einmaligem Unterlassen, bei denen die Zuwiderhandlung stets Unmöglichkeit der Leistung bewirken würde, wohl aber bei „kontinuierlichen, auf die Dauer gerichteten" Verpflichtungen gegeben sei, könne man bei den letzteren sehr gut von Verzug der Leistung sprechen.

In ähnlicher Weise begründet de Claparède[3]) seine Ansicht. Das Wesen des Verzugs beruhe auf einer rechtswidrigen Unterlassung, aber diese sei nicht immer gleichbedeutend mit Passivität. Speziell bei Unterlassungsverpflichtungen sei die

[1]) Langheineken a. a. O. S. 248.

[2]) Paech, Der Leistungsverzug, S. 21.

[3]) de Claparède, a. a. O. S. 24.

Unterlassung der Unterlassung „das dem auf rechtzeitige Obligationserfüllung gerichteten Willen des Gläubigers konträre, positive Tun." Er will dann im folgenden im Gegensatz zu Paech von dem „Requisit der Nachholbarkeit", welche er als „eine Wirkung des morari in Verbindung mit dem konkreten Obligationsinhalt" auffaßt, absehen; denn auch die „während des Verzuges kasuell zerstörte Leistung ist als solche nicht minder nachholbar." Hiergegen muß jedoch ausdrücklich festgestellt werden, daß die an Stelle einer untergegangenen später geleistete Sache nie diejenige sein kann, die von Anfang an in obligatione war. Auch dürfte diese Begründung Claparèdes für Verpflichtungen zum Tun nicht zutreffen.

Ferner sind Golde[1]), der sich hauptsächlich gegen Lehmann und Treitel wendet, sowie Rogowski[2]) zu erwähnen. Bei ihren Ausführungen stimmen sie in der Hauptsache mit den bereits zitierten Autoren überein. Auch sie sehen in der Zuwiderhandlung eine Unterlassung der geschuldeten Leistung; aber Rogowski will die Nachholbarkeit nicht zu einer so wichtigen Voraussetzung des Schuldnerverzugs erhoben wissen, „daß, wenn die nicht rechtzeitige Leistung die Möglichkeit der Nachleistung ausschließt, von Verzug nicht gesprochen werden könnte." Hätte das Gesetz dies gewollt, so sagt er, so hätte es seine Absicht deutlicher zum Ausdruck bringen müssen. Vielmehr gäben gerade die §§ 286 und 326 BGB. einen Beweis für seine Ansicht, insofern als in diesen Paragraphen von Verzug die Rede sei, obgleich die vertragsmäßige Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse mehr habe, also vom Schuldner nicht nachgeholt werden könnte. Bei dieser Beweisführung verkennt Rogowski jedoch folgendes: Nachholbarkeit ist eine Voraussetzung des Verzugs, d. h. es muß spätestens in dem Moment, in welchem zwar erfüllt werden sollte, aber nicht erfüllt wird, feststehen, daß die Leistung

---

[1]) Golde, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 99, S. 306 ff.

[2]) Rogowski, a. a. O. S. 303 ff.

später noch erfolgen kann. In den von ihm zitierten Paragraphen ist im Moment des Eintritts des Verzuges die spätere Leistung noch möglich und sie wird erst dadurch unmöglich, daß der Gläubiger erklärt, sie habe für ihn kein Interesse mehr. Daß nunmehr die Möglichkeit der Nachleistung ausgeschlossen ist, stellt sich also, worauf schon oben bei der Lehre vom Verzug hingewiesen wurde, als eine Folge des Verzugs dar.

Auch ist Golde nicht beizupflichten, der die Nachholung der Unterlassung nur in dem Falle nicht anerkennen will, wenn der Schuldner zum Zuwiderhandeln fortwährend gezwungen wäre.

Einer speziellen Erörterung bedarf endlich noch H. Lehmann[1]) bezüglich seiner 1906 erschienenen Schrift „Die Unterlassungspflicht." Er bejaht zunächst die Frage, ob überhaupt Verzug bei Unterlassungspflichten denkbar sei, insofern als sich auch bei diesen das Vorkommen einer teilweisen Unmöglichkeit rein in Ansehung der Zeit nicht leugnen lasse. Den von verschiedener Seite erhobenen Einwand, daß bei negativen Obligationen durch die Zuwiderhandlung stets totale Unmöglichkeit herbeigeführt würde, will er nur für solche Verbindlichkeiten anerkennen, die den Charakter eines Fixgeschäfts haben und stellt gegenüber de Claparède fest daß die Vorstellung eines Verzuges nur da erlaubt sei, wo, von einer totalen, durch die Säumnis bewirkten Unmöglichkeit nicht gesprochen werden dürfe. Mithin sei die Frage des Verzugs mit der Unterlassung nur da erörterungsfähig, wo für die Bewirkung derselben hinsichtlich der Zeit ein gewisser Spielraum gegeben sei und deswegen auch die negative Obligation eine Möglichkeit der Nachholung offen lasse. Lehmann faßt nun weiterhin den Verzug als einen engeren Fall der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung in

---

[1]) Die Unterlassungspflicht, S. 263 ff.

Ansehung der Zeit auf und grenzt beide gegeneinander dergestalt ab, daß diese dann vorliege, wenn spätestens im Augenblick vor aller Nichterfüllung die Unmöglichkeit schon feststehe, während Verzug nur da eintrete, wo die Unmöglichkeit der Leistung hinsichtlich der Zeit für die Vergangenheit erst durch die nach der Mahnung oder einem gleichwirkenden Termin liegende Nichterfüllung der schuldnerischen Verpflichtung begründet werde. Ob bei Unterlassungsverpflichtungen Verzug des Schuldners denkbar sei und eintreten könne, so hängt die Entscheidung hierüber nach Lehmann davon ab, welche Wirkungen die Nichterfüllung der Obligation auf die Leistung selbst hat. Daher will er den Verzug in denjenigen Fällen nicht von der Hand weisen, in denen eine geringe Verschiebung der Leistungszeit das Schuldverhältnis nicht wesentlich berührt. So in dem Beispiel des Vertrages zwischen dem Gelehrten und dem zu der Unterlassung seines lärmenden Handwerks verpflichteten Schlossermeister, falls die Leistungszeit nicht genau auf bestimmte Tagesstunden festgesetzt sei. Hier wird, wie Lehmann annimmt, beim Zuwiderhandeln sowohl eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit, als auch die Möglichkeit der Nachholung gegeben sein und somit Verzug des Schuldners eintreten können. Das Resultat, zu dem Lehmann gelangt, ist, daß Verzug des Schuldners bei Unterlassungsverbindlichkeiten eine seltene Erscheinung und auch dann nur von geringer Dauer sein werde, sowie daß von den im BGB. enthaltenen Vorschriften über den Verzug nur die §§ 286 und 326 zur Anwendung gelangen könnten.

In der Literatur ist man also bisher zu einer endgültigen, allgemein anerkannten Lösung unserer Frage nicht gekommen, vielmehr variieren die Entscheidungen zwischen einer direkten oder analogen Anwendung der Verzugsvorschriften und einer gänzlichen oder doch teilweisen Ablehnung dieser Möglichkeit.

B. Entscheidung.

Treten wir selbst nun kritischen Auges an die uns vorliegende Frage heran, so werden wir zunächst festzustellen haben, ob Unterlassungsverbindlichkeiten einer Erfüllung zugänglich sind oder nicht. Allerdings muß man zugeben, daß, wer unter Leistung nur ein Tun oder Geben, also etwas positives, versteht, auch Erfüllung lediglich auf positive Verpflichtungen beschränken muß. Denn § 362 BGB. bezeichnet ja die Erfüllung als die Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger und dadurch werde, worauf besonders O. Fischer[1]) hinweist, der Gläubiger aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung überführt und dies könne nur bei den auf Gebot beruhenden Rechten und Pflichten erfolgen. Nun tritt aber derselbe Vorgang nicht bloß bei der Erfüllung des Schuldverhältnisses ein, sondern auch bei anderen Erlöschungsgründen wie in den Fällen der Zweckerreichung, z. B. durch Erfüllung eines zweckentsprechenden Schuldverhältnisses, durch zufälligen Untergang eines vom Schuldner auf Grund eines Schuldverhältnisses zu zerstörenden Gegenstandes. Es ist ferner in Betracht zu ziehen, daß auch bei obligationes non faciendi, vor deren Entstehung auf seiten des Gläubigers ein Zustand des Unbefriedigtseins entweder schon vorliegt, oder aber beim ungehinderten Fortgang der Dinge zu befürchten ist; dem soll eben durch die Verpflichtung des Schuldners zum Unterlassen vorgebeugt oder abgeholfen werden wie bei dem schon oben erwähnten Beispiel des Vertrages zwischen dem Gelehrten, der durch die Ausübung des lärmenden Handwerks auf dem Nachbargrundstück gestört wird, also in einem Zustand des Unbefriedigtseins sich befindet, und andererseits dem zum Unterlassen des Lärms während gewisser Stunden verpflichteten Schlossermeister. Man wird nun auch hier sagen müssen, daß

[1]) O. Fischer, a. a. O. S. 72.

durch die Beobachtung der Unterlassungspflicht durch den Schuldner der Gläubiger in den Zustand des Befriedigtseins überführt wird. Mithin handelt es sich jetzt nur um die Frage, ob in diesem Falle Erfüllung oder Zweckerreichung im engeren Sinne vorliegt. Mit letzterem Ausdruck bezeichnet die neuere Literatur (Klein, Lehmann)[1]) im Gegensatz zu den vom BGB. geregelten Erlöschungsgründen — Erfüllung, datio in solutum, Hinterlegung, Aufrechnung und Erlaß — alle anderen vom Gesetz nicht geregelten Gründe, bei denen ein Erlöschen des Schuldverhältnisses eintritt. Beide Begriffe fallen aber unter Zweckerreichung im weiteren Sinne. Als spezifisches Erfordernis der Erfüllung wird von der Rechtswissenschaft der animus solvendi des Schuldners angesehen, d. h. der Schuldner müsse nicht nur die geschuldete Leistung bewirken, sondern auch den ausdrücklichen Willensentschluß haben, daß die Leistung zur Erfüllung des Schuldverhältnisses erfolge. Neuerdings ist man jedoch dazu übergegangen, die Erfüllungswirkung nicht so sehr auf dem besonders hierauf gerichteten Willensentschluß, als auf der Zweckerledigung durch den Leistungsakt beruhen zu lassen, so daß Erfüllung bei Bewirkung der Leistung dann vorliege, wenn der Schuldner nicht einen widersprechenden Willen kundgibt, vor allem nicht, daß die Leistung zu einem anderen Zwecke, etwa donandi oder credendi causa erfolge. Ein besonderer, auf die Erfüllung als Zweck der Leistung gerichteter Wille ist nach dieser Ansicht also nicht erforderlich[2]). So sieht Lehmann[3]) in der Bewirkung der Leistung „nichts anderes wie Beobachtung des von der Norm des objektiven Rechts angesonnenen Verhaltens".

Es ist nun schon oben festgestellt, daß Handlungs-

---

[1]) Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung S. 66. Lehmann, die Unterlassungspflicht, S. 205.

[2]) Oertmann, Kommentar, § 362, Anm. 4b.

[3]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht, S. 208.

verbote einen auf das Unterlassen gerichteten Willensentschluß des Verpflichteten nicht erfordern. Trotzdem kann natürlich ein solcher Wille vorhanden sein, und ist er dies bei der Innehaltung der Unterlassungspflicht, so wird man hier mit vollem Recht von Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung sprechen können. Aber auch, wenn man sich der von Oertmann und Lehmann vertretenen Ansicht anschließt, so wird, falls ein besonderer auf die geschuldete Unterlassung gerichteter Wille beim Verpflichteten nicht hervortritt, er also unbewußt seiner Unterlassungspflicht genügt, die geschuldete Leistung bewirkt und es würde auch hier Erfüllung vorliegen. Dies umsomehr, als das BGB. nach § 241, Satz 2 auch die Unterlassung als Leistung auffaßt, und in § 362 lediglich von der Bewirkung der „Leistung" spricht, ohne für Unterlassungsverpflichtungen eine Ausnahme zu machen. Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß auch die Verbindlichkeiten auf ein Unterlassen der Erfüllung zugänglich sind und zwar bestimmt dann, wenn der Wille des Verpflichteten auf die Unterlassung gerichtet ist.

Es wäre daher auch kein Grund, warum es bei obligationes non faciendi keine Erfüllungszeit geben sollte. Gerade den Unterlassungsverpflichtungen wird das Zeitmoment wesentlich und eine Erfüllungszeit meist im voraus festgesetzt sein. Eine Unterlassung, für deren Prästierung eine Zeit überhaupt nicht bestimmt oder bestimmbar ist, läßt sich kaum denken. Vielmehr sind die Unterlassungsverpflichtungen, wie wir schon oben gesehen haben, entweder einmalige, die also in einem bestimmten Zeitpunkt zu erfüllen sind, oder mehrmalige resp. dauernde, bei denen die Leistung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes von kürzerer oder längerer Dauer zu erfolgen hat.

Wie steht es nun mit der Ansicht oben genannter Autoren, daß bei Unterlassungspflichten Verzug nicht möglich sei, da durch die Zuwiderhandlung eine Unmöglichkeit der

Leistung herbeigeführt werde und mithin statt der Verzugsvorschriften der § 280, Abs. 1 BGB. zur Anwendung käme. Hiergegen ist von Golde und Rogowski[1]) eingewendet worden, daß Verzug nicht so sehr eine Verzögerung der Leistung sei, sondern daß das Gesetz darunter „die Nichterfüllung der geschuldeten Leistung", „die Negation des geschuldeten Verhaltens" verstehe. Nun sei bei positiven Leistungen die Nichterfüllung ein Unterlassen, bei negativen ein Tun, aber auch dieses stelle sich ja als „ein Ausbleiben der geschuldeten Leistung", als deren Negation dar. Mithin werde auch durch diese Pflichtverletzung ein Verzug involviert, und dies gehe auch mit Deutlichkeit daraus hervor, daß das BGB. in § 339 beides, Verzug und Zuwiderhandeln, einander gleichstelle. Werde aber wirklich die Leistung durch Zuwiderhandeln unmöglich, so seien damit die Voraussetzungen der §§ 286 resp. 326, Abs. 2 BGB. gegeben, Verzug aber bereits eingetreten.

Bei der Stellungnahme zu dieser Begründung könnte man allerdings zunächst zugeben, daß sich die Zuwiderhandlung als eine Nichterfüllung der schuldnerischen Verpflichtung wohl auffassen lasse, und es wäre kein Grund, warum nicht eine Nichtbewirkung der Leistung, die ja nach § 241 in einem Tun wie Unterlassen besteht, sowohl durch ein Unterlassen als auch durch ein Tun herbeigeführt werden könnte, zumal wie oben nachgewiesen, bei Verpflichtung zu einem Unterlassen Erfüllung nicht ausgeschlossen ist. Es sei hier nur auf die mit dieser Ausführung übereinstimmende Ansicht von Rümelin[2]) hingewiesen. Aber — und darin liegt der Schwerpunkt für die Entscheidung unserer Frage — die eine Art der Nichterfüllung ist und bleibt begrifflich doch das Gegenteil der anderen Art der Nichterfüllung. Über diesen in der Natur der Dinge liegenden Gegensatz zwischen

[1]) Golde a. a. O., S. 312. Rogowski a. a. O., S. 312.

[2]) Rümelin, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 90, S. 326.

Unterlassen und Tun wird man sich nie hinwegsetzen dürfen, ohne, wenn man die weiteren Konsequenzen zieht, logisch und juristisch auf Abwege zu geraten. Daher sind auch, wie wir gegenüber den Verfechtern der Verzugsmöglichkeit bei obligationes non faciendi feststellen müssen, die natürlichen und logischen Folgen der einen Nichterfüllungsart anderen Wesens als die der anderen Nichterfüllungsart. Während beim Unterlassen des geschuldeten Tuns etwas noch nicht geschehen ist, was zwar geschehen sollte aber, sofern nicht schon Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, immer noch geschehen kann, ist beim Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht bereits das geschehen, was nicht geschehen sollte, und dies kann daher nicht mehr nicht geschehen. In dem einen Fall, beim Unterlassen, ist noch kein Faktum da, deshalb steht die Möglichkeit offen, daß dieses Faktum noch eintreten kann; in dem anderen Falle, beim Zuwiderhandeln, ist ein Faktum bereits da und daher entfällt hier aus natürlichen Gründen die Möglichkeit, daß an Stelle dieses Faktums ein Nichtfaktum tritt. Somit werden auch die Rechtsfolgen der beiden Nichterfüllungsarten, des Unterlassens und des Tuns, verschiedenartige sein und eine prinzipielle Gleichstellung beider ist ausgeschlossen. Wir erkennen damit zugleich, daß die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit bei Unterlassungsverpflichtungen ein Verzug denkbar ist, von der Wirkung der Zuwiderhandlung auf die Obligation abhängen wird.

Der Verzug des Schuldners ist, wie wir oben gesehen haben, ein vom Gesetz besonders geregelter Rechtszustand, der durch die Nichterfüllung trotz Fälligkeit der Forderung und Mahnung des Gläubigers resp. Eintritt der nach dem Kalender bestimmten Leistungszeit herbeigeführt wird und zwar unter der Voraussetzung, daß die Erfüllung späterhin noch erfolgen werde. Wie steht es hier mit der Zuwiderhandlung? Zunächst sollen diejenigen Fälle untersucht werden, bei denen für die in obligatione befindliche Unterlassung

eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, eine Mahnung des Gläubigers zum Inverzugsetzen nicht erforderlich ist. Hierbei scheiden zuvor die nur einmaligen Unterlassungsverpflichtungen aus, da diese sich meist als Fixgeschäfte darstellen werden, bei denen also die Leistung an einem festbestimmten Termin oder innerhalb einer festbestimmten Frist zu erfolgen hat. In solchen Fällen kann ein Verzug mit der Leistung nicht eintreten; denn infolge der genauen Festsetzung der Leistungszeit ist bei ihrer Versäumung eine spätere Erfüllung ausgeschlossen und die nicht reichtzeitig bewirkte Leistung kann daher nicht nachgeholt werden. Dies gilt ebenso für positive wie für negative Leistungen. Für diesen Fall sind ja auch in § 361 BGB. besondere Vorschriften gegeben, die ihr Gegenstück für das Handelsrecht in § 376 HGB. finden. Aber auch wenn nicht genau ein Fixgeschäft vorliegen sollte, würde durch die Zuwiderhandlung die Leistung nicht nur hinsichtlich der Zeit, sondern auch hinsichtlich des Gegenstandes und des Ortes und somit total unmöglich werden, so daß man von Verzug nicht sprechen kann.

Handelt es sich dagegen um ein Schuldverhältnis, bei welchem der Schuldner zu einer mehrmaligen oder dauernden Unterlassung verpflichtet ist, so wird zu prüfen sein, ob die Zuwiderhandlung nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit oder eine völlige Unmöglichkeit herbeiführt. Wäre beispielsweise der Schuldner verpflichtet, an dem ersten Tage jeder Woche eine bestimmte Handlung zu unterlassen, und handelte er auch nur einmal zuwider, so wird man zunächst sagen müssen, daß eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit vorliegt, d. h. für die Leistung, die an dem Tage bewirkt werden sollte, an welchem zuwidergehandelt ist. Denn hierdurch ist ja die Leistung, d. h. die Beobachtung der Unterlassungspflicht, für diesen Leistungstermin unmöglich geworden. Aber auch die Nachholung dieser Unterlassung wäre dem Schuldner nicht

möglich. Er kann zwar auch fernerhin an den folgenden Leistungsterminen seiner Unterlassungspflicht genügen, aber daß damit die einmal verabsäumte Unterlassung nachgeholt würde, ist ausgeschlossen, da ja der Gläubiger für diese Zeit ohnehin einen Anspruch auf die Leistung hat. Auch die Unterlassung an einem anderen Tage der Woche würde für den Gläubiger kein Interesse haben, denn es soll ja am ersten Wochentage die betreffende Handlung unterlassen werden. Und würde der Schuldner selbst an den auf die Zuwiderhandlung folgenden Zeitpunkten desselben Tages die betreffende Handlung unterlassen, so wäre auch dies keine Nachholung der geschuldeten Unterlassung. Denn durch die bereits erfolgte Zuwiderhandlung ist der Zweck des Schuldverhältnisses für die Leistung an diesem Tage illusorisch geworden, so daß auch durch die nachträgliche Unterlassung den Interessen des Gläubigers nicht genügt werden kann. Wir müssen also auch hier eine durch die Zuwiderhandlung hervorgerufene Unmöglichkeit eines Teils der Leistung feststellen und die Annahme eines Verzuges mit der Leistung für nicht möglich erachten. Wenn dagegen von Rozowski[1]) geltend gemacht wird, daß das Gesetz die Unmöglichkeit immer nur als Ursache der Nichtleistung, nicht aber als Folge derselben kenne, so dürfte diese Ansicht kaum zutreffend sein. Ein Blick auf den § 286 BGB. beweist gerade das Gegenteil; in diesem Paragraphen ist davon die Rede, daß die Leistung infolge der Nichtleistung unmöglich geworden ist und daher nicht mehr bewirkt werden kann. Hier ist gerade die Nichtleistung Ursache der Unmöglichkeit und diese wieder schließt die Möglichkeit späterer Erfüllung aus. Der § 286 BGB. würde daher mit dem von uns gezogenen Schlusse nicht in Widerspruch stehen.

Wir kommen nunmehr bei unserer Untersuchung zu den

---

[1]) Rozowski a. a. O. S. 317.

Fällen, in denen eine Zeit nicht nach dem Kalender bestimmt ist, wo mithin als Voraussetzung für den Eintritt des Verzugs eine Mahnung des Gläubigers erforderlich ist. Von einigen Autoren[1]) ist die Möglichkeit einer Mahnung überhaupt abgelehnt, da diese, so lange der Schuldner unterlasse, überflüssig sei, und sobald er zuwiderhandle, erst recht. Diese Autoren setzen aber bei ihren Erörterungen eine nach dem Kalender bestimmte Leistungszeit voraus, übersehen also, daß dann eine Mahnung garnicht notwendig ist. Andererseits[2]) ist behauptet worden, daß bei Unterlassungsobligationen die Leistungszeit in der Regel fest bestimmt sein werde und daß deswegen eine Mahnung nicht erforderlich sei. Das wird aber nicht immer der Fall sein. Zu bedenken ist auch, daß, nur wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist, die Mahnung sich erübrigt, nicht aber wenn beispielsweise die Leistungszeit derart bestimmt ist, daß der Gläubiger entscheiden solle, wann die Leistung zu bewirken sei. Gerade in diesen Fällen ist die Mahnung von der größten Bedeutung. Denn hier kann der Schuldner, wenn er sich auch zur Unterlassung verpflichtet weiß, im Zweifel sein, wann er zu leisten habe. Von diesem Zweifel soll ihn nun eben die Mahnung des Gläubigers befreien, durch welche dieser kundgibt, daß er nicht nur zu fordern berechtigt, die Leistung also fällig sei, sondern auch daß er gerade jetzt die Leistung fordere. Die Mahnung dient somit zugleich der Feststellung, der Gläubiger habe ein Interesse daran, daß die Leistung jetzt rechtzeitig erfolge. In diesen Fällen wird daher die Mahnung des Gläubigers an den Schuldner mit dem Eintritt der nach dem Kalender bestimmten Leistungszeit korrespondieren. Ähnlich spricht sich auch Treitel[3]) aus. Daß die Mahnung hier fast gleichzeitig mit dem Eintritt der Fällig-

[1]) Paasche a. a. O. S. 56. Treitel a. a. O. S. 65. Wendt a. a. O. S. 69.

[2]) Rogowski a. a. O. S. 310.

[3]) Treitel a. a. O. S. 61/62.

keit den Schuldner erreicht, widerläuft nach den Ausführungen von Planck, Oertmann, Lehmann[1]) über diesen Punkt nicht unseren Erörterungen. Daß die Abmahnung bei Unterlassungsverpflichtungen keinen der Mahnung entsprechenden Begriff darstellt, ist von der Literatur bereits überzeugend nachgewiesen.[2])

Bei dem schon mehrmals erwähnten Beispiel des Vertrages zwischen dem Gelehrten und dem Schlossermeister könnte man nun annehmen, daß die Leistungszeit nicht genau auf die Stunden von 5 bis 7 Uhr festgesetzt sei, sondern daß dem Gelehrten überhaupt zwei ungestörte Stunden gewährt werden sollen. Erklärt hier der Gelehrte eines Nachmittags etwa um 4 Uhr dem Schlossermeister, er möge nunmehr die Ausübung seines lärmenden Handwerks unterlassen und würde dieser trotzdem eine Viertelstunde noch weiter hämmern, so wäre dies ein Fall, in welchem einmal mit der Mahnung zugleich die Fälligkeit eintreten würde und sodann Nichtleistung auf seiten des anderen Teils vorläge. Auch könnte man hier Nachholbarkeit der Unterlassung annehmen; denn wenn auch die Tatsache der bereits erfolgten Zuwiderhandlung nicht mehr aus der Welt geschafft werden kann, so ist doch kein Hindernis da, daß der Schuldner nicht nach Ablauf der zweistündigen Leistungszeit eine Viertelstunde länger seiner Unterlassungspflicht genügt als Entgelt der Anfangs verabsäumten Leistungszeit, stets aber vorausgesetzt, daß diese nachträgliche Unterlassung noch dem Interesse des Gläubigers und dem Zweck der Obligation entspricht. Hier könnte man also annehmen, daß nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit vorliegt und die Zuwiderhandlung einen dem Verzuge ähnlichen Zustand herbeigeführt hat. Daraus ist zugleich ersichtlich, daß es aber auch

[1]) Planck, Kommentar zum BGB. § 284, Anm. 4f. Oertmann a. a. O. § 284, Anm. 2f. Lehmann a. a. O. S. 268.

[2]) z. B. Treitel a. a. O. S. 66.

in solchen Fällen einer mehrmaligen oder dauernden Unterlassungspflicht stets darauf ankommen wird, welche Wirkungen die Zuwiderhandlung auf den Fortbestand des Schuldverhältnisses ausübt. Werden durch sie die Interessen des Gläubigers derart verletzt, daß der Zweck des Schuldverhältnisses hinfällig wird, so wird auch dadurch eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt. Andernfalls wird, sofern der Gläubiger an der ferneren Unterlassung noch Interesse hat, ein dem Verzuge ähnlicher Tatbestand gegeben sein. Jedoch werden solche Fälle nur selten vorkommen und der Zeitraum der Zuwiderhandlung wird sich naturgemäß nicht auf die ganze Erfüllungszeit erstrecken dürfen.

Was die Mahnung anbetrifft, so gibt neuerdings auch Oertmann[1]) zu, daß diese bei gewissen Dauerunterlassungen, wenigstens für den noch ausstehenden Teil der Leistungszeit Wirkung haben könne, und diese Wirkung der Mahnung wird, wie wir bei dem soeben erörterten Beispiel gesehen haben, dann anzunehmen sein, wenn die einmalige Zuwiderhandlung gegen eine dauernde oder mehrmalige Unterlassungsverpflichtung den Zweck des Schuldverhältnisses, sowie das Interesse des Gläubigers an der Unterlassung nicht derart beeinträchtigt, daß die Erfüllung überhaupt unmöglich wird. Jedoch wird man auch in diesen Fällen nicht direkt von Verzug des Schuldners sprechen dürfen, sondern höchstens davon, daß durch die Zuwiderhandlung ein dem Verzuge ähnlicher Zustand hervorgerufen ist. In allen übrigen Fällen, in denen die Zuwiderhandlung eine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat, mithin auch vom Schuldner zu vertreten ist, wird § 280 BGB. zur Anwendung kommen müssen und hieraus die Schadenersatzpflicht des Zuwiderhandelns herzuleiten sein. Warum Staub diesen Paragraphen in seiner Anwendung lediglich auf positive Leistungen beschränkt und

---

[1]) Oertmann a. a. O. § 284, Anm. 3c.

nur für die durch eine Unterlassung herbeigeführte Unmöglichkeit der Erfüllung gelten lassen will, ist nicht recht ersichtlich. Dies geht weder aus der Fassung, noch aus dem Sinne des § 280 BGB. hervor. Im Gegenteil! Da § 241 BGB. auch die Unterlassung als Leistungsgegenstand bezeichnet, wird man § 280 BGB. mit vollem Recht bei der Zuwiderhandlung anwenden dürfen.

§ 8. Können einzelne gesetzliche Bestimmungen eventuell Anwendung finden?

Wir sind so zu einem im ganzen negativen Resultat gekommen auf Grund der Erkenntnis, daß die Zuwiderhandlung fast ausschließlich eine Unmöglichkeit der Leistung und zwar eine völlige herbeiführen wird und somit Verzug nicht in Betracht kommen kann. Gleichzeitig haben wir aber gesehen, daß in einer gewissen Anzahl von Fällen, die jedoch verhältnismäßig selten vorkommen werden, die Zuwiderhandlung den Anspruch des Gläubigers auf die Unterlassung und den Zweck des Schuldverhältnisses nicht völlig vereiteln wird, so daß hier eine Möglichkeit für die Nachholung der Leistung offensteht und daher ein verzugsähnlicher Tatbestand vorliegen kann. In dieser Hinsicht bleibt demnach die Frage zu erörtern, inwieweit die Grundsätze über den Verzug des Schuldners Anwendung finden können.

Hierbei wären von den einzelnen Vorschriften des BGB., welche die Rechtsfolgen des Verzugs regeln, zunächst § 286 und für gegenseitige Verträge § 326 ins Auge zu fassen und natürlich könnte es sich nur um entsprechende Anwendung handeln. Nach Abs. 1 des § 286 BGB. hätte also der Schuldner dem Gläubiger den durch die Zuwiderhandlung entstehenden Schaden zu ersetzen. Dagegen würde der Abs. 2 dieses Paragraphen in Wegfall kommen. Die Voraussetzung der in ihm enthaltenen Vorschrift ist, daß die Leistung in-

folge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse hat, daß also, nachdem bereits Verzug eingetreten ist, sich später die Unmöglichkeit der Erfüllung herausstellt. Bei Unterlassungsverpflichtungen dagegen wird sich stets im Moment des Zuwiderhandelns ergeben, ob trotz der nicht rechtzeitigen Bewirkung der Leistung der Gläubiger noch ein Interesse an der Leistung hat, oder ob schon durch die Zuwiderhandlung Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wird und in diesem Falle käme, wie wir soeben gesehen haben, § 280, Abs. 1 BGB. zur Anwendung. Ebenso wäre in verzugsähnlichen Tatbeständen bei gegenseitigen Verträgen § 326 BGB. zu handhaben; aber stets unter der Voraussetzung, daß durch die Zuwiderhandlung der Zweck des Vertrages nicht hinfällig wird. Handelte also der eine Vertragsteil seiner Unterlassungspflicht zuwider und wäre eine Möglichkeit der Nachholung gegeben, so könnte ihm der andere Teil eine angemessene Frist setzen, mit dem vertragswidrigen Tun aufzuhören. Wenn nun der eine Teil noch innerhalb der gesetzten Frist und weiterhin seiner Verpflichtung zum Unterlassen genügt, so könnte ähnlich wie beim Verzug der andere Teil Ersatz für den ihm eventuell durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schaden verlangen, wobei sein Anspruch auf die weitere Unterlassung, sofern er noch Interesse daran hat, selbstverständlich bestehen bliebe. Würde aber der Zuwiderhandelnde auch nach Ablauf der Frist mit der Vornahme des vertragswidrigen Tuns nicht aufhören, so wäre nunmehr der andere Teil berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Angenommen aber der andere Teil hätte infolge der Zuwiderhandlung an der weiteren Unterlassung kein Interesse mehr, so käme hier anstatt § 326, Abs. 2 BGB. der § 325, Abs. 1 BGB. zur Anwendung, denn es würde die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich geworden sein.

In einigen, wenn auch seltenen Fällen werden bei der Zuwiderhandlung gegen Unterlassungsverpflichtungen die §§ 286, Abs. 1 und 326, Abs. 1 BGB. entsprechende Anwendung finden können. Dieses Resultat kann nicht durch die Folgerung entkräftet werden, daß nach § 339 BGB. die Verwirkung der Vertragsstrafe bei positiven Leistungen mit dem Verzug des Schuldners, bei negativen dagegen schon mit der Zuwiderhandlung eintrete, daß mithin das Gesetz Verzug des Schuldners und Zuwiderhandlung als in einem unüberbrückbaren Gegensatz stehend auffasse. Vielmehr hat, wenn das BGB. in diesem Paragraphen für den Fall der Zuwiderhandlung eine besondere Regelung gibt, dies seinen Grund darin, daß das Gesetz beim Versprechen einer Vertragsstrafe für das Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht von einer hierin liegenden Garantieübernahme durch den Versprechenden ausgeht, die bereits mit der Vornahme der zu unterlassenden Handlung verletzt wird, womit zugleich die Strafe als verfallen anzusehen ist.

Lebenslauf.

Ich, Walter Stephan Früchting, Preuße, katholischer Konfession, bin geboren am 3. August 1888 zu Königsberg i. Pr. als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Robert Früchting und seiner Ehefrau Charlotte, geb. Grunau. Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Königl. Wilhelms-Gymnasium zu Königsberg i/Pr. und auf dem Königl. Gymnasium zu Braunsberg, Ostpr., welches mich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife entließ. Sodann studierte ich je 3 Semester an den Universitäten Freiburg i. Br. und Breslau die Rechte und Staatswissenschaften. Am 22. Oktober 1910 bestand ich am Königl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung und am 19. Dezember 1910 das Examen rigorosum. Zurzeit bin ich als Referendar am Königl. Amtsgericht Wormditt, Ostpr., beschäftigt.

Meinen besonderen Dank möchte ich an dieser Stelle den Herren Geheimrat Prof. Dr. Fischer und Prof. Dr. Meyer aussprechen, welche mich bei der Abfassung dieser Arbeit durch gütige Ratschläge unterstützt haben.